وزارة التعليـــــم العالـــــي والبحـــث العلـمي

جامعـــــة مولـــود معمـري -تيـــزي وزو

كليّـــــة الحقـــــوق و العلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية

تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع: قانون التعاون الدولي

إعداد الطالبـــة: حسيني يمينة

إشـــــراف الأستاذة: د.إقلولي (ولد رابح) صافـــية

لجنـــــــة المناقشـــــة:

د.يسعد حورية، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو.......................رئيســــــــــة

د. إقلولي (ولد رابح) صافية، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو... مشرفة ومقررة

د. إرزيل الكاهنة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو ....ممتحنـــــــــة

تاريخ المناقشة: 2011/12/08

﴿ بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَـــنِ الرَّحِيمِ ﴾

كلمة الشكر

الحمد والشكر لله الذي رزقني وأعانني.

الشكر الجزيل للأستاذة المشرفة الدكتورة إقلولي (ولد رابح) صافية على كل توجيهاتها وصبرها وسهرها من أجل إتمام هذا العمل وتصويبه .

لا يفوتني أن أشكر كل أساتذة كلية الحقوق وكل من مد لي يد العون.

جزاكم الله عني خيرا.

? يمينة حسيني

الإهداء

إلـــى من لم يخلق لهما مثيلا:

إلى من كانا لي مثلا وقدوة اقتديت بها:

- أبي وأمي

أهدي عملي.

? يمينة

قائمـــــــة أهم المختصـــــــرات

أولا- باللّغة العربية

ج.ر	:	جريدة رسمية
ص	:	صفحة
من ص إلى ص	:	من صفحة إلى صفحة
ق.إ.م.إ	:	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ت.م.ج	:	التقنين المدني الجزائري

ثانيا: باللّغة الفرنسية

CIRDI	:	Centre international pour le règlement des différends des relatifs aux Investissements
JDI	:	Journal de droit international
N°	:	Numéro
Op.cit	:	Opus Citatum .Une locution latine qui signifie " Ouvrage précédemment cité"
P	:	Page
P P	:	De la page au page

مقدمـــة:

تتميز العقود الدولية للاستثمار بطول مدتها ما يؤدي إلى نشوء منازعات بشأنها ولما كان قضاء الدول المضيفة جهة غير مرغوب فيها لتسوية المنازعات، ظهرت وسائل بديلة منها التحكيم التجاري الدولي والذي يعد قضاء خاص ينشأ من اتفاق الأطراف على العهدة إلى شخص آخر من اختيارهم بالفصل في النزاع بقرار ملزم للطرفين.

يتفرع التحكيم التجاري الدولي إلى تحكيم حر وتحكيم نظامي، حيث يتولى الخصوم في التحكيم الحر تنظيم جميع الإجراءات التحكيمية بأنفسهم، أما التحكيم النظامي أو المؤسساتي فإنّه يتم في ظل منظمة تحكيم دائمة وفقا لنظام هذه الأخيرة، ومن أبرز هذه المؤسسات التحكيمية، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والذي أنشئ بموجب اتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965 و التي دخلت حيز التنفيذ في 1966 من بين المراكز الدولية المتخصصة في تسوية منازعات الاستثمار الأكثر استخداما وذلك نتيجة للخدمات الاستثنائية التي يقدمها.

يوفر المركز للمستثمرين وكذا الدول المتعاقدة أسلوبين مختلفين لتسوية المنازعات الناتجة عن الاستثمارات حيث يمكن للأطراف الاختيار بين التوفيق التجاري والتحكيم التجاري.

يحض التحكيم التجاري بالنصيب الأوفر من حيث اللجوء إليه، وذلك نتيجة للمزايا التي يوفرها هذا النظام.

وضع المركز سعيا منه لتسهيل اللجوء إلى خدماته شرطين نموذجيين يمكن للأطراف المتعاقدة تبنيها وذلك من أجل إحالة النزاع إلى المركز.

غير أنّه وإن كان الهدف من إنشاء المركز هو تقديم ضمانات قضائية خاصة للمستثمرين الأجانب قصد تشجيع الاستثمار في الدول النامية إلاّ أنّ استخدام خدمات المركز مقترن بشروط ثلاث حددتها الاتفاقية على سبيل الحصر، وهذا طبقا للمادة 1/25 من الاتفاقية.

يتعلق الشرط الأوّل بطرفي المنازعة حيث يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات التي تجمع بين طرفين أحدهما دولة متعاقدة والطرف الآخر رعية دولة أخرى متعاقدة وعليه انضمام الدول إلى الاتفاقية والمصادقة عليها شرط ضروري لانعقاد اختصاص المركز، حيث يمنع على الدول غير المتعاقدة اللجوء إلى المركز والاستفادة من خدماته كما أنّه يتعين على السكرتير العام للمركز رفض تسجيل طلبات التحكيم الموجهة من قبل دول غير متعاقدة.

غير أنّه يمكن الوقوف كطرف في التحكيم وذلك من خلال استخدام قواعد التسهيلات الإضافية التي يتيحها المركز للدول غير الأعضاء.

يتمثل الشرط الثاني في محل المنازعة حيث يختص المركز فقط بالمنازعات ذات الطابع القانوني والناتجة مباشرة عن الاستثمار، غير أنّ الاتفاقية لم تحدد تعريفا للاستثمار، وإن كان لا يمكن أن يفسّر ذلك إلاّ برغبة واضعي الاتفاقية في توسيع دائرة اختصاص المركز ذلك أنّ تحديد تعريف للاستثمار سوف يؤدي إلى حرمان طائفة من المنازعات من الخضوع لاختصاص المركز، إلاّ أنّ عدم تحديد تعريف الاستثمار قد أدى إلى توسيع تعريف الاستثمار وذلك عن طريق تكييف الكثير من العمليات الاقتصادية على أنّها استثمار وفقا لمفهوم الاتفاقية، رغم أنّ قانون الدول المضيفة لا يكيفها كذلك، وبالتالي التوسع المفرط في اختصاص المركز.

اعتبرت الاتفاقية موافقة الأطراف على الخضوع لتحكيم المركز أهم شرط لاختصاص المركز حيث وصفه مديري البنك بمثابة حجر الأساس لاختصاص المركز

وذلك راجع لطبيعة التحكيم كنظام استثنائي لتسوية المنازعات وما لإرادة الأطراف من دور هام في هذا النظام.

اشترطت الاتفاقية أن يكون التعبير عن الرضاء بالتحكيم كتابيا وهذا بغرض تثبيت هذا التصرف نظرا لخطورته حيث أنّه يسلب اختصاص القضاء العادي وكذا حماية لطرفي هذه العلاقة، غير أنّ الاتفاقية لم تحدد شكلا معينا لهذه الكتابة وهو ما أدى إلى استمرار ما هو متعارف عليه في هذا المجال وذلك باعتماد اتفاق التحكيم بصورتيه كأسلوب للجوء إلى هذا النظام.

شهدت نهاية الثمانينيات ظهور شكل آخر للجوء إلى التحكيم، حيث أنّ المركز قد قضى باختصاصه حتى بغياب اتفاق تحكيمي بين الطرفين يحيل إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم لدى المركز، إذ أنّ المركز قد حكم باختصاصه للفصل في النزاع استنادا إلى نصوص تشريع داخلي للاستثمار للدول المضيفة أو استنادا إلى اتفاقيات استثمار ثنائية أو متعددة الأطراف تحيل إلى تحكيم المركز، مكيّفا هذه النصوص على أنّها إيجاب صادر من الدولة وقابله قبول من طرف المستثمر وذلك بإيداعه طلب التحكيم لدى المركز.

أثار هذا التوجه الجديد للمركز الكثير من النقد خاصة من قبل الدول المضيفة التي ترى أنّ اللجوء إلى المركز يشترط موافقة صريحة من كلا الطرفين.

بالرجوع إلى تعريف التحكيم التجاري نجد أنّه نظام خاص ناشئ من اتفاق الأطراف لكن في هذه الحالة وبغياب اتفاق الأطراف كيّف الفقه هذا النوع الجديد من التحكيم أنّه تحكيم إجباري أو انفرادي أو بعبارة أخرى تحكيم بدون اتفاق.

استنادا إلى ما سبق **ما مدى التزام هيئات تحكيم المركز بالطابع الإتفاقي لعملية اللجوء إلى التحكيم أمام هذا الأخير؟.**

جعلت اتفاقية واشنطن موافقة الأطراف على طرح النزاع على التحكيم حجر الأساس لاختصاص المركز رغم أنّها لم تحدد شكلا معينا لهذه الموافقة ولا طريقة للتعبير عنها إنّما اكتفت أن تكون هذه الموافقة مكتوبة، كما أنّ الاتفاقية قد أقرّت نتائج هامة عن صدور الموافقة من كلا الطرفين(فصل أوّل).

التزم المركز خلال السنوات الأولى من عمله بالطابع الإتفاقي لنظام التحكيم حيث أنّه اشترط وجود اتفاقية تحكيم تربط الطرفين ليقرّ باختصاصه، غير أنّه مع تزايد عدد تشريعات الاستثمار للدول المضيفة وكذا اتفاقيات الاستثمار سواء الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تحيل إلى تحكيم المركز ومع تزايد طلبات المستثمرين الأجانب لتطبيق هذه النصوص بالتالي انعقاد اختصاص المركز اتجه هذا الأخير توجها أخر نحو تقرير اختصاصه استنادا إلى هذه النصوص التشريعية والاتفاقية(فصل ثاني).

الفصل الأوّل:

التــــحكيم أمـــام المركز الدولـــي لتسوية منازعات الاستثمار بناء على اتفاق الأطراف

يعتبر الاتفاق على التحكيم جوهر التحكيم التجاري الدولي، نظرا للطابع الإرادي لهذا الأخير، فنظام التحكيم أنشأ بناء على اتفاق الأطراف من أجل إخراج المنازعة من ولاية القضاء العادي والعهدة بها إلى قضاء خاص من إنشائهم، حيث أنّه لم يكن ليوجد هذا النظام لولا اتفاق الأطراف.

يوّلد التحكيم التجاري الدولي آثارا هامة تتمثل في سلب اختصاص القضاء العادي وهو الحق المكفول دستوريا، لذا وضمانا لحقوق الأطراف المتنازعة فقد أحاطت معظم التشريعات وكذا الاتفاقات الدولية حق اللجوء إلى التحكيم بضمانات هامة حماية للأطراف المتنازعة، بحيث اشترطت أن يكون لجوء الأطراف إلى التحكيم طواعية أي بموافقة كلا الطرفين.

أولت الاتفاقيات الدولية اهتماما خاصا بركن الرضا في التحكيم وأهمها اتفاقية واشنطن والتي جعلت من موافقة الأطراف على عرض النزاع على التحكيم لدى المركز شرطا أساسيا لاختصاص المركز(مبحث أوّل)، وعيا منها بدور الإرادة في نظام التحكيم والدور الذي تلعبه في مرحلة تنفيذ الحكم، غير أنّ الموافقة على اختصاص المركز ينجم عنها آثارا هامة، حيث أنّه يصبح التحكيم إجباريا بمجرد صدور الموافقة من كلا الطرفين كما أنّه تستقل هيئة التحكيم بتسوية النزاع إضافة إلى عدم تأثر الإجراءات التحكيمية بغياب أحد الأطراف عن حضور الجلسات(مبحث ثاني).

المبحث الأوّل:

مفهوم التراضي باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

وضعت اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدوليCIRDI ثلاثة شروط لانعقاد اختصاص المركز انعقادا صحيحا، وتتمثل هذه الشروط في وجود نزاع قانوني ناشئ عن استثمار، إضافة إلى اشتراط أن يكون طرفي هذه العلاقة دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة أخرى متعاقدة.

يتمثل الشرط الثالث في ضرورة صدور موافقة كتابية من أطراف النزاع تحيل إلى التحكيم لدى المركز.

أولت الاتفاقية اهتماما خاصا لركن الرضا نظرا لطبيعته الملزمة إلاّ أنّها لم تشترط شكلا معينا لهذه الموافقة ما عدا اشتراطها أن تكون مكتوبة(مطلب أوّل)، ولا شروطا لصحتها باستثناء صدورها من أشخاص محددة حددتها على سبيل الحصر(مطلب ثاني).

المطلب الأوّل:

التراضي شرط أساسي لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

يعتبر التحكيم التجاري الدولي قضاء خاص ينشأ من اتفاق الأطراف على إحالة النزاع على أشخاص من اختيارهم للفصل في النزاع وعليه فالطابع الإرادي أهم خصائص هذا النظام.

اهتم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالطابع الإتفاقي للتحكيم التجاري الدولي، حيث اشترط أن يكون اللجوء إلى هذا المركز طواعية من خلال اتفاق الأطراف على ذلك كتابة، إذ تعتبر موافقة الأطراف على إحالة النزاع الناشئ بينهم إلى التحكيم لدى المركز الدوليCIRDI أساسا لاختصاص المركز(فرع أوّل) غير أنّ المركز لم يشترط أية طريقة للتعبير عن هذا الرضا عدا اشتراطه أن يكون مكتوبا(فرع ثاني).

الفرع الأوّل:

التراضي وفقا لاتفاقية واشنطن والاتفاقيات المقارنة والقضاء

لقي ركن الرضا في عملية التحكيم التجاري اهتماما من طرف الاتفاقيات الدولية وكذا القضاء.

أوّلا: التراضي وفقا لاتفاقية واشنطن

التراضي هو تطابق إرادتين، والمقصود بالإرادة، تلك التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين وهو إنشاء الالتزام، فلا بد أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني ويترتب عن ذلك أنّ الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص عديم التمييز كالطفل والمجنون...، أو من انعدمت إرادته الذاتية، كذلك لا عبرة بالإرادة التي لا تتجه لإحداث أثر قانوني كما في المجاملات أو في الإرادة الصورية وذلك أنّها لم تتجه لإحداث أثر

قانوني[1]، وعليه ولقيام العقد يجب أن تكون إرادة لدى كل من طرفيه وذلك بأن يعي الشخص الأمر الذي يقصده ويريده[2].

حسب المادة 59 من التقنين المدني الجزائري[3]والتي تنص:

«***يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية***».

يقصد بالتراضي بالتحكيم تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفق عليه، وذلك بتلاقي إيجاب وقبول على اختيار التحكيم(اختيارا حرا) كوسيلة لحسم المنازعات التي ثارت أو قد تثور بشأن العلاقة الأصلية[4].

إذا كان المشرع قد نظم قواعد التحكيم فإنّه ترك حرية الالتجاء إليه للأفراد وعليه فإنّ التحكيم ينشأ نتيجة اتفاق الخصوم إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة على عرض النزاع على التحكيم دون اللجوء إلى القضاء[5].

يعد رضا المتعاقدين أهم ركن من أركان العقد، وهو ما يفسر قبول تنفيذ القرارات التحكيمية طواعية من دون اللجوء إلى التنفيذ الجبري وتدخل السلطات القضائية في دولة التنفيذ[6].

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام:المصادر، الإثبات ، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص47و48.

2- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص39.

3- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لــ 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

4- تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي: دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93 -91 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2004، ص 29و30.

5- آمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم: دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري ، السعودي، الفرنسي، الايطالي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص24.

6- منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2000، ص10.

وعليه فإنّ الرضا بالتحكيم لا تنحصر أهميته في مرحلة تكوين العقد إنّما يتعدى إلى ما بعد العقد، حيث أنّ تنفيذ الأحكام التحكيمية يتطلب التحقق من وجود التراضي وصحته[1].

نظرا لأهمية ركن الرضا في التحكيم فقد جعلت اتفاقية واشنطن رضا الأطراف وموافقتهم على طرح النزاع على المركز حجر الزاوية لانعقاد اختصاصه، إذ يعد الرضا العنصر الجوهري للتحكيم بصفة عامة سواء كان داخليا أو دوليا، فالإرادة المشتركة لطرفين هي التي تؤهل المحكم وتمنحه صلاحياته للفصل في النزاع المعروض عليه[2].

فحسب نص الفقر ة الأولى من المادة 25[3] من الاتفاقية التي تنص على:

«يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنّه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بفرده».

يفهم من نص المادة أنّ الموافقة المشتركة للطرفين على إحالة النزاع على المركز شرط ضروري لاختصاص المركز، وإن كان هذا الحق مقيد بعدم جواز التراجع عن القبول بمجرد صدور الموافقة وتصرف الطرف الثاني على أساسها.

كما تدعم اشتراط الموافقة المشتركة لطرح النزاع على المركز بما جاء في الفقرة 02 من المادة 36 التي تنص:

1- FAUCHARD Philippe, GAILLARD(E), GOLDMAN(B), Traite de l'arbitrage commercial international, Edition litec, Paris, 1996, p53.

2- FAUCHARD Philippe, "arbitrage commercial international: notion", juris-claclaceur, dt, inter, fasicule 585, 2,1989, p11.

3- مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 6 جمادي الثانية عام 1416 الموافق لــ30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر عدد 66 الصادر في 1995.

«ويجب أن يشتمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم».

أسّست الاتفاقية انعقاد اختصاص المركز على أساس رضائي واختياري، حيث لا يكفي توقيع وتصديق الدولة على الاتفاقية لإلزامها بإخضاع المنازعات التي تثور بينها وبين المستثمر الأجنبي إلى المركز، فكل دولة تتمتع بقدر وافر من الحرية في أن تقرر رضائها أو رفضها لإخضاع المنازعات الاستثمارية الحالية أو المستقبلية للمركز، وذلك على الرغم من توقيعها وتصديقها على الاتفاقية[1].

يتمتع المستثمر الأجنبي بنفس الحرية إذ أنّ رضاؤه شرط لانعقاد اختصاص المركز فلكي يثبت الاختصاص للمركز يجب أن يوافق الأطراف على ذلك كتابة وهذا طبقا للمادة 1/25 من الاتفاقية.

فالموافقة المطلوبة هي الموافقة المزدوجة للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع وكذا المستثمر، حيث تتمثل الموافقة الأولى في المصادقة على الاتفاقية من طرف الدولة الطرف في النزاع وكذا دولة المستثمر، أما الموافقة الثانية فتتمثل في الموافقة الكتابية الخاصة بأطراف النزاع على عرض النزاع على التحكيم[2]، فاجتماع هاذين الشرطين أساس لاختصاص هيئات التحكيم التي تتشكل في إطار المركز الدولي[3].

1- تنص الفقرة السابعة(7) من ديباجة الاتفاقية:« وإذ نعلن أنّ مجرد قبول هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام لها من جانب أية دولة لا ينطوي على أي التزام بالنسبة لهذه الدولة بالالتجاء إلى التوفيق أو التحكيم في أي حالة خاصة».

2 - NASR Jean pierre, L'encouragement de l'investissement par la solution des conflits par voie d'arbitrage: les mesures prises par l'Etat libanais et leur degré d'efficacité, DEA de droit prive des affaires est de l'arbitrage, p17, sur site: file:lllE:/M-encouragement- investissement-solution-conflits-arbitrage- liban 38.html,.

3- ALCABAS Anne-Marie, ″Le centre international de règlement des différends relatifs a l'investissement″, bureau investissement international de la direction des relation économiques extérieures, 2003, p01, sur site: http://www-minefi.gow.fr/notes- bleues/nbb/nbb256/256-cir.htm.

يرجع اهتمام الاتفاقية برضا الأطراف إلى كون التحكيم نظام ورد على سبيل الاستثناء من الأصل العام الذي يجعل من القضاء سبيلا لتسوية كافة المنازعات، ومن ثم فلا يجوز فرض تسوية المنازعات التي يكون الأفراد أطرافا فيها عن طريق التحكيم، لما في ذلك من مصادرة لحق الأفراد في التقاضي أمام قاضيهم الطبيعي وهو الحق المكفول دستوريا[1]، فعلى عكس المحاكم الوطنية التي تكتسب من طبيعتها القضائية حق النظر في النزاع، فإن المحاكم التحكيمية لا تكتسب حق النظر في النزاع إلاّ من إرادة أطراف النزاع، وفي غياب هذه الإرادة فإنّه لا يمكن تصور وجود التحكيم[2].

أما عن الوقت الذي يتعين فيه صدور هذه الموافقة فإنّ الاتفاقية لم تتضمن إشارة إليه إلاّ أنّه حسب الفقرة 24 من تقرير مديري البنك الدولي حول الاتفاقية فإنّ الموافقة يجب أن تصدر قبل إخطار المركز[3].

ثانيا: التراضي وفقا للاتفاقيات الدولية

لم ينحصر الاهتمام بركن الرضا على اتفاقية واشنطن إنّما لقي اهتماما كبيرا من طرف الاتفاقيات الدولية المقارنة.

تتفق اتفاقية واشنطن من حيث اشتراطها لتوفير التراضي بالتحكيم مع عدة اتفاقيات دولية خاصة بالتحكيم منها:

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص36.

2 - ALCABAS Anne-Marie, op.cit, p02.

3- paragraphe 24 du rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats :

«Le consentement des parties doit avoir été donne avant que le centre ne soit saisi (article 28) (3) et 36 (3)), mais la convention ne contient aucune précision quant à la date à la quelle le consentement doit être donné …» , sur site : http://icsd-worldbank.org/icsid/static fils/basic doc-fra/crp-french-final-pdf.

- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال[1] حيث جاء في المادة الأولى منها:

« ***إذا اتفق طرفا عقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم...***».

- كما تتفق مع أحكام نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية[2]، والتي جعلت اتفاق التحكيم من المشتملات المطلوبة لصحة طلب التحكيم وهذا ما جاء في المادة 3/4 :

«***يشمل الطلب بوجه خاص على مايلي:...***

د - الاتفاقات المعقودة وخاصة اتفاق التحكيم».

نظرا لأهمية الاتفاق على التحكيم فقد حصرت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي[3] مجال تطبيقها على المنازعات الناتجة عن عقود تتضمن اتفاقيات تحكيم(أبرم بشأنها اتفاقيات تحكيم) إذ تنص المادة الأولى منها:

« ***تطبق الاتفاقية:***

أ - على اتفاقيات التحكيم المبرمة من أجل تسوية المنازعات الناتجة أو الممكنة النشوء من عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو معنوية، والتي تملك وقت إبرام الاتفاقية مقر إقامة أو عمل في إحدى الدول المتعاقدة.

1- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال، القرار رقم 31- 98 الذي اتخذته الجمعية العامة يوم 15 كانون الأوّل ، ديسمبر 1976، على الموقع: http://www.egyiac.com/commissions.php

2- نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية النافذ اعتبارا من أوّل كانون الثاني، يناير عام 1998، على الموقع:
www. Word business organisation.net/uploaded. Files/court/arbitration/ other/rules-arb-arabic.pdf.

3 - Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève) du 21 Avril 1961 sur site : http://www arbitrage. Org/Fr/présentation/texte- convention-euro pdf.

ب -***كما تطبق على إجراءات وأحكام التحكيم المؤسسة على الاتفاقية المذكورة في الفقرة (1)(أ)*** »[1].

ثالثا: التراضي وفقا للقضاء

لقيت فكرة الطابع الرضائي للتحكيم تأييدا من طرف القضاء وذلك في عدة قضايا نذكر منها قضية الخياط ضد تاروم.

تتعلق وقائع القضية بإبرام عقد بين وكالة السياحة اللبنانية (خياط) وشركة الطيران الرومانية (تاروم) في 1985 وقد تضمن العقد بندا تحكيميا يحيل إلى غرفة التجارة والصناعة في بوخاريس .

فسخت شركة تاروم العقد إثر نشوء الخلافات وذلك في 1 جانفي 1996، لم ترضى وكالة الخياط بالفسخ الانفرادي وبذلك لجأت إلى حل الخلاف بقرار تحكيمي واعتبرت أنّ البند المحتواة في العقد غير قابل للتطبيق بحكم تغيّر الظروف وأنّه يجب تطبيق البند التحكيمي المحتواة في الاتفاق التجاري المبرم في 6 ديسمبر 1980 بين حكومة لبنان وحكومة رومانيا الذي يتضمن بند يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية وعليه فقد أخطرت الوكالة الغرفة بطلب في 31 ماي 1996 وعين المحكم الوحيد.

أصدرت المحكمة قرارا جزئيا على اختصاصها في 29 ماي 1997 وأفادت أنّ الشرط الوارد في الاتفاق بين الطرفين لا محل لأعماله بسبب تغير الظروف إنما يستوجب

1-L'article 1/1 stipule:

«La présente convention s'applique :

a) Aux conventions d'arbitrage conclue, pour le règlement de litiges nés ou a naitre d'opérations de commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents ;
b) Aux procédures et aux sentences arbitrales fondées sur les conventions visées au paragraphe (1,a) de cet article».

تطبيق البند الوارد في الاتفاق التجاري بين الدولتين والذي يحيل إلى تحكيم الغرفة وبالتالي قضت المحكمة باختصاصها.

طعنت شركة تاروم في الحكم أمام محكمة استئناف باريس وطالبت بإلغائه ذلك أنّ المحكم قد فصل في النزاع دون اتفاقية تحكيم.

أصدرت المحكمة قرارا يقضي بإلغاء الحكم في 1جوان 1999، وبذلك تكون المحكمة قد وضعت حدا لمحاولة إلغاء التراضي كأساس للجوء إلى التحكيم الدولي(1).

يعتبر هذا الحكم تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين إذ يتوجب على هيئات التحكيم قبل الفصل في النزاع أن تبحث في وجود اتفاق بين الأطراف احتراما لإرادتهم، كما أنّه تأكيد على الطابع الرضائي للتحكيم التجاري الدولي.

كما تدعم هذا المبدأ في قضايا أخرى، حيث قضت المحكمة الدستورية المصرية في إحدى قراراتها والذي جاء في حيثياته:

«التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة مجردا من التحايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، ولا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجباريا يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذا لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعا قائما أو محتملا ذلك أنّ التحكيم مصدره الاتفاق...»(2).

1- STERN Brigit, "un coup d'arrêt a la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international(A propos de l'arrêt de la cour d'appel de paris du 1er juin 1999)", Revue de l'arbitrage , N° 03 , 2000, p 404,405.

2- نقلا عن: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص36.

ففي هذا الحكم تأكيد للرضا كركن لازم لقيام التحكيم في المنازعات التي يكون الأفراد الخواص طرفا فيها، وعدم دستورية إجبارهم على التحكيم.

كما أكدت محكمة العدل الدولية اعتناقها لهذا المبدأ حيث أوردت بقضائها الصادر في 1953/05/19 في قضية أمبا تيليوس، أنّ مبدأ عدم إمكان إلزام الدول بإحالة منازعاتها للتحكيم دون رضائها هو أحد المبادئ المستقرة في القانون الدولي وعلى ذلك يستمد الحكم الصادر من محكمة التحكيم قوته الإلزامية من اتفاق الطرفين[1].

من خلال ما سبق عرضه يتبين أنّه في نطاق التحكيم لازالت الحرية التعاقدية المطلقة هي المبدأ، فإرادة الأطراف حرة في أن تلجأ إلى التحكيم بالتراضي عليه أم لا تلجأ إليه، إذ ينعقد الاتفاق على التحكيم بالتراضي عليه من قبل الأطراف، ذلك أنّ التحكيم من العقود الرضائية التي تتم بالإيجاب والقبول[2].

إذا كانت الإرادة أساس قيام العقد، فإنّ القانون لا يعتد بها إذا ضلت كامنة في النفس لا يعلم بها سوى صاحبها، أما إذا أريد بها تحقيق أثرها القانوني كان من الطبيعي التعبير عنها بمظهر يعتد به القانون.

الفرع الثاني:

طرق التعبير عن الإرادة

لم تحدد الاتفاقية وسيلة معينة للتعبير عن الإرادة بل جعلت حرية التعبير عن الإرادة هي الأصل، حيث تكون لصاحب الإرادة إمكانية اختيار الصورة التي يريدها للتعبير عن أرادته إلاّ أنّ التعبير عن الإرادة قد يكون في صورتين: تعبير صريح أو تعبير ضمني وإن كان التعبير الصريح لا يثير أي صعوبة إلاّ أنّ التعبير الضمني لا يخلو منها.

1- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص340.

2- آمال أحمد الفزايري، المرجع السابق، ص28.

تنص المادة 60 من التقنين المدني الجزائري على:

«*التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.*

***ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا*»**.

أوّلا: التعبير الصريح

يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا اتخذ صاحبه سبيلا يدل عن إرادته بطريقة مباشرة طبقا للصورة المألوفة بين الناس، فقد يتم ذلك باللفظ(أي الكلام)، كما قد يقع التعبير الصريح بالكتابة سواء العرفية أو الرسمية كما يعتبر تعبيرا عن الإرادة التعبير بالإشارة المتداولة عرفا، كما يعتبر صريحا اتخاذ موقف عملي معين لا يدع مجالا للشك في حقيقة المعنى المقصود[1].

ثانيا: التعبير الضمني

هو الكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، أي بطريقة ليست هي الصورة المألوفة لإظهار الإرادة، فالوسيلة التي ظهرت بها الإرادة لا تدل بذاتها على حقيقة المعنى المقصود لكن ظروف الحال تسمح بتفسيرها في هذا المعنى[2].

ومثال ذلك أن تكون علاقات متصلة بين أطراف النزاع التي جرى العمل بينهما على النص على إدراج شرط تحكيم في العقود التي تقوم بينهما، ثم يبرمان عقدا من نفس النوع ودون أن ينصا فيه على التحكيم[3].

1- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص109.

2- المرجع نفسه.

3- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية(تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص286.

أجازت محكمة باريس الاستناد إلى تواتر العمل بين الأطراف بالتحكيم للقول بوجود اتفاق ضمني عليه، إلاّ إذا استبان من العقد الجديد أنّ المتعاقدين قد قصدا بعدم ذكره رغبتهما في عدم إخضاع المنازعات الناشئة عن هذا العقد بصفة خاصة للتحكيم[1].

ثالثا: السكوت والتعبير عن الرضا بالتحكيم:

لم يتعرض المشرع الجزائري في المادة 60 ت.م.ج لهذه الحالة، إلاّ أنّ السكوت في معرض الحاجة إلى التصريح إذا ما لابسته قرينة ترجح دلالته بمثابة قبول من صاحبه لما يعرض عليه من اتفاق التحكيم.

غير أنّ الاتفاقية وكذا التشريعات الداخلية باشتراطها الكتابة في اتفاقيات التحكيم فهي تهدر كل قيمة قانونية للرضا الذي يتم التعبير عنه بوسيلة غير الكتابة ما لا يتم التعبير عنه بعد ذلك في محرر مكتوب[2] على النحو الموضح في المادة 1/25 من الاتفاقية التي تنص على:

«...***بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز***...».

وبذلك تتوافق الاتفاقية من حيث اشتراطها للكتابة مع اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها[3] في المادة 02 التي تنص :

«***تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة***...»

1- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 سنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي، اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص393و394.

2- المرجع نفسه، ص393.

3- مرسوم رئاسي رقم 88 - 233 مؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 الموافق لـ5 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر عدد 48 لسنة 1988.

كما تتفق الاتفاقية مع قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري[1] الذي يلزم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وبأي شكل، وذلك في المادة 07 من هذا القانون.

تتفق الاتفاقية أيضا مع الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 من حيث اشتراطها للكتابة وذلك من خلال نص المادة 03 فقرة الأولى من الاتفاقية إذ يتم الخضوع للتحكيم طبقا لهذه الفقرة إما بإدراج شرط التحكيم في العقد المبرم أو باتفاق لاحق وهذا ما يستفاد منه ضرورة الكتابة[2].

إنّ اشتراط الكتابة في الاتفاق على تسوية النزاع من طرف الاتفاقية يتوافق مع واقع التحكيم التجاري الدولي، نظرا لاعتبارات الحماية القانونية وخطورة الأثر الجوهري الذي يترتب على هذا النوع من الاتفاق وهو سلب قضاء الدولة الاختصاص الأصيل لصالح قضاء خاص يرتضيه الأطراف لحل المنازعة القائمة بينهم[3]، كما أنّ الكتابة ضرورية لتفادي قدر الإمكان أي احتجاج يتعلق بالتزام أحد الطرفين بالتحكيم، بالإضافة إلى كون هذه الشكلية تقتضيها ضرورات الأمن القانوني[4].

ومع ذلك فتطلب الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم يثير التساؤل في بعض الفروض إذ غالبا ما يتم الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد كالثمن،المحل

1- قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1975 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، على الموقع: http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules.

2- صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ، بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص60.

3- قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001-2002، ص58.

4- طالبي حسن، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005- 2006، ص346.

كيفية تنفيذ المسؤولية، ويتركون مسألة التحكيم واردة ضمن شروط عامة أو مطبوعة سلفا أو بالإحالة إلى الشروط النموذجية لأحد المراكز التحكيمية.

تثير هذه الأوضاع الكثير من المشاكل في تحديد ما إذا كانت الإرادة المشتركة للطرفين قد انصرفت إلى الأخذ بنظام التحكيم الوارد في مثل هذه الشروط أم لا ، وهذه المشاكل لا يستهان بها لأنّ في القول بانصراف الإرادة إلى الأخذ بنظام التحكيم ما يؤدي إلى حرمان الأطراف من اللجوء لقضاء الدولة[1].

يعتبر اتفاق التحكيم اتفاقا متميزا بذاته عن العقد الذي ينشأ عنه النزاع موضوع التحكيم، حتى وإن ورد هذا الاتفاق في ذات الوثيقة الحاملة لهذا العقد، فتقتضي هذه الحقيقة استقلالية اتفاق التحكيم إلاّ إذا ثبت انصراف الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى التحكيم، مما يقتضي توافر علم الطرفين أو على الأقل استطاعتهما العلم بشرط التحكيم المتضمن في شروط العقد العامة وفي شروط العقد المحال عليه وقت التعاقد[2]، فالقول بانصراف الإرادة إلى الأخذ بهذه الشروط العامة يعادل القول بالرضا بما يرد فيهما من شروط تحكيمية.

كما أنّ الإحالة إلى شرط تحكيم وارد في عقد نموذجي أو عقد يربط أحد الطرفين بشخص ثالث ويتضمن هذا العقد شرط التحكيم، ففي هذه الحالة لا تفيد الإحالة المجردة أكثر من انصراف إرادة المتعاقدين إلى اعتبار العقد المحال إليه جزء من القواعد الحاكمة للعقد الأصلي المبرم بينهما، ولا تكون لها أية دلالة على انصراف إرادتهما إلى شرط التحكيم، غير أنّه إذا كان الطرفان على علم بهذا الشرط أو كان بمقدورهما العلم به فإنّه يستفاد منه انصراف إرادة الطرفين إلى شرط تحكيم[3].

1- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،(اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم ، حكم المحكم وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص40.

2- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص391،392.

3- المرجع نفسه، ص392.

لكن هل الإحالة العامة تكفي للقول بأنّ الأطراف قد ارتضوا بالاتفاق على التحكيم أم تلزم الإحالة إلى شرط التحكيم ذاته وجود إحالة خاصة؟

يلتزم الأطراف بشرط التحكيم في العقد المحال إليه في حالتين هما:

- إذا تمت الإحالة إلى شرط التحكيم بصفة خاصة.
- إذا كانت الإحالة عامة، إلاّ أنّ الأطراف كانوا على علم بشرط التحكيم في العقد المحال إليه أو كان يمكنهم العلم بهذا الشرط(1).

أما عن الموافقة على التحكيم في العقود المركبة والتي تعني وجود عقد يرتبط بعقد آخر وهذا الأخير يشتمل على عقد تحكيم سواء كان هذا الارتباط راجعا إلى هذا الأخير هو تنفيذ الأول أو أنّه يساهم مع العقد الآخر في أي نشاط اقتصادي مثل سلسلة العقود المسماة الكونسورسيوم، ففي هذه الحالة هل يلتزم أطراف العقد الأوّل بشرط التحكيم الوارد في العقد الثاني؟.

يذهب القضاء الفرنسي إلى الإجابة بالإيجاب وذلك استنادا إلى الإرادة الضمنية التي تستخلص من مركز الأطراف وبنشاطهم المشترك وهذا يؤدي إلى افتراض علمهم بوجود الشرط ونطاقه وبالتالي انصراف إرادتهم إلى الأخذ به(2).

أما بالنسبة لحالة تجديد العقد الأصلي المتضمن اتفاق على التحكيم وخلو الاتفاق الجديد من الاتفاق على التحكيم فهل يتضمن العقد الجديد اتفاق على التحكيم رغم ذلك؟

يجب التفرقة في هذه الحالة بين فرضيتين:

أ- حالة التجديد الصريح، فإذا لم يتضمن العقد الجديد صراحة الاتفاق على التحكيم فإنّ الأطراف لا يلتزمون به.

1- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص43.

2- المرجع نفسه، ص43و44.

ب- حالة التجديد الضمني وفيه يستمر الرضا بالاتفاق على التحكيم قائما على أساس استمرار هذا الاتفاق.

إذا كان القانون قد اشترط التعبير عن الإرادة من أجل إنتاج آثارها القانونية، فإن الاتفاقية قد وضعت شروطا لصحة هذه الإرادة.

المطلب الثاني:

صحة التراضي لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

إذا كان اللجوء إلى المراكز التحكيمية المتخصصة بتسوية منازعات الاستثمار حق لأي كان، فإنّ اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حكر على بعض الأشخاص دون غيرهم، إذ أنّ الاستفادة من خدمات المركز مقررة لفئة محددة حددتها نصوص الاتفاقية على سبيل الحصر وعليه فإنّه يتعين على السكرتير العام للمركز رفض أي طلب مقدم من أي شخص غير الأشخاص المحددة طبقا لنص الاتفاقية(فرع أوّل).

غير أنّه وإن تحقق هذا الشرط وقدم طلب التحكيم من قبل أحد هذه الأشخاص المحددة، إلاّ أنّه يتعين توفر شرط آخر هو خلو إرادة هذه الأشخاص من العيوب ذلك أنّ توفر عيب من هذه العيوب قد يعدم إرادة هذا الشخص وبالتالي يكون العقد معرضا للإبطال (فرع ثاني).

الفرع الأوّل:

صدور الرضا من أشخاص آهلين

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، والأهلية المقصودة هنا هي أهلية التصرف، حيث نصت المادة 1/1006 من القانون رقم08-09[1]على أنّه:

1- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 الصادرة في 23 أفريل 2008.

«يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها».

فلا يمكن للشخص أن يجري اتفاقا على التحكيم، ما لم تكن له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمه بالتحكيم.

حددت الاتفاقية المنشأة للمركز الدولي فئتين من الأشخاص، تكون وحدها الآهلة لمباشرة أو طلب التحكيم أمام المركز، وتتمثل هذه الأشخاص في:

أوّلا: الدولة

يقصد بها الدولة المتعاقدة الطرف في الاتفاقية وذلك بعد موافقتها وتصديقها على الاتفاقية، حيث أنّه لا توجد أي مشكلة حول تحديد الدول المتعاقدة، فسكرتارية المركز تحتفظ بقائمة أسماء الدول التي وقّعت على الاتفاقية وكذا الدول التي قامت بالتصديق فيكفي فحص القائمة للتأكد من العضوية[1].

فالدولة غير المتعاقدة، أي غير طرف في الاتفاقية لا يجوز لها أن تصبح طرفا في إجراءات التحكيم تحت إشراف المركز، حيث أنّه نشب الخلاف فيما إذا كان يجوز للدول غير متعاقدة استعمال التسهيلات التي يقدمها المركز بصفة وقتية أو عارضة، ولقد استقر العمل على إمكان منح الدول غير المتعاقدة هذه الرخصة دون إعطائها الحق في الوقوف كطرف في تحكيم المركز[2].

أما عن التاريخ الذي يتعين الاعتداد به لاعتبار الدولة طرفا متعاقدا في حكم الاتفاقية فقد نصت المادة 68 من الاتفاقية على دخولها دور النفاذ لكل دولة تقوم بإيداع وثيقة تصديقها وقبولها للمعاهدة بعد ثلاثين(30) يوما من الإيداع، في حين اقترح البعض أن يكون التاريخ المقرر لاعتبار الدولة طرفا في الاتفاقية، هو وقت ملء طلب التحكيم لدى

1- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص32.

2- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار -القواعد- الإجراءات-الاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص19.

السكرتير العام للمركز، غير أنّه من الأفضل للدولة أن تكون قد اتخذت خطوات الانضمام للاتفاقية عند تقديم طلب التحكيم إلى المركز للاستفادة من خدماته[1].

بالإضافة إلى اختصاص المركز بنظر المنازعات التي تكون الدولة المتعاقدة طرفا فيها، يمتد هذا الاختصاص إلى المؤسسات والوكالات والأشخاص المعنوية التابعة لها ولا يشترط هنا أن تكون الهيئة أو المؤسسة تابعة لفرع سياسي للحكومة الطرف في النزاع، أو أن تتمتع هذه الهيئة باستقلال أو شخصية قانونية مستقلة تماما عن الحكومة[2].

يصبح الوضع أكثر تعقيدا عندما يكون الطرف الحكومي مؤسسة أو شخص معنوي تابع لها، ومن المسلم به اختلاف دلالة التعبيرين من دولة لأخرى، لذلك فإنّه من الحكمة ترك تحديدها وفقا لاختيار كل دولة، وهذا ما سارت عليه الاتفاقية حيث تركت لكل دولة متعاقدة حرية تحديد الهيئات العامة التي يمكنها أن تصبح طرفا في تحكيم المركز [3].

غير أنّ امتداد اختصاص المركز إلى نظر المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرفا فيها، مشروط بتعيين الدولة العضو لهذه الهيئات والأشخاص تعيينا رسميا[4]، أي إذا كان الطرف الحكومي في النزاع هو إحدى هيئات الدولة أو جهاتها الإدارية، ويجب أن تكون هذه الهيئة أو الجهة الإدارية معينة للمركز بواسطة الدولة على أنّها آهلة لأن تكون طرفا في إجراءات التحكيم أمام المركز، وأن تكون الموافقة المقدمة من هذه الهيئة بعرض النزاع على تحكيم المركز مصادقا عليها من الدولة المتعاقدة التابع لها[5].

1- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص19و20.

2- عثماني الحسين، التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في إطار الاتفاقيات الثنائية بين الجزائر والدول الغربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص68.

3- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص32.

4- حيث تنص المادة 3/25:

« موافقة المؤسسات العامة والأجهزة التابعة للدول المتعاقدة، لا يكتمل إلاّ بعد إقرارها من تلك الدولة...»

5- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص32.

غير أنّه يمكن الاستغناء عن شرط التعيين لهذه الأشخاص، وذلك إذا قامت الدولة بإخطار المركز بأنّ موافقتها السابقة على اعتبار هذه المؤسسات والأجهزة التابعة لها غير ضرورية، وهذا ما جاء في المادة 3/25 من الاتفاقية والتي تنص:

«...***فيما عدا لو أوضحت الدولة المذكورة للمركز أنّ مثل هذا الإقرار غير ضروري***».

تتخذ موافقة الدولة المتعاقدة على إخضاع المؤسسة أو الهيئة التابعة لها لاختصاص المركز أشكالا عديدة، فقد تكون في شكل شرط موجود في الاتفاق مع الدولة المتعاقدة، كما قد تتخذ شكل وثيقة تحتوي الرضاء على التقدم إلى تحكيم المركز وتخضع صحة هذه الموافقة لرقابة المركز لأنّها تخص اختصاص محكمة التحكيم بنظر المنازعة[1].

يجوز للدولة المتعاقدة سحب موافقتها على خضوع المؤسسة أو الهيئة التابعة للاختصاص المركز في أي وقت، ذلك لأنّ موافقة الدولة ما هي إلاّ تصرف بالإرادة المنفردة صادر عن الدولة المتعاقدة، غير أنّ هذه الموافقة تصبح ملزمة ولا يجوز سحبها إذا كان الطرف الآخر في عقد الاستثمار قد تصرف على أساس وجودها[2].

تجدر الملاحظة أنه أثناء فترة حياة الاستثمار طالت أو قصرت، قد تحدث تغيرات سياسية وإدارية، وهذه التغيرات قد تتضمن تصفية الهيئة أو الجهة الإدارية الطرف في شرط التحكيم أو استبدالها أو إضافتها إلى كيانات عامة أخرى، فما مدى التزام الهيئات أو الجهات الإدارية الجديدة بالموافقة السابقة على التحكيم أمام المركز؟.

لتفادي هذا الإشكال، فإنّه يفضل بيان هذا المسألة صراحة عند كتابة شرط تحكيم المركز، وأحيانا يتم هذا عن طريق النص على أنّ الدولة المتعاقدة سوف تتعهد باتخاذ جميع الخطوات الضرورية لتعيين الهيئة أو الجهة التي ستصبح طرفا في اتفاق الاستثمار وآهلا لأن تكون طرفا في النزاع وفقا لنصوص اتفاقية واشنطن[3].

1- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص38.

2- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص27.

3- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص33.

إلى جانب الدولة المتعاقدة أو أحد هيئاتها، اشترطت الاتفاقية أن يكون الطرف الثاني في إجراءات التحكيم أمام المركز مستثمرا تابعا لدولة أخرى متعاقدة.

ثانيا: المستثمر الأجنبي

تحول قواعد القانون الدولي دون أن يقوم الفرد بمقاضاة إحدى الدول مباشرة أمام المحاكم الدولية، إذ تنوب عنه دولته في ذلك وفقا لنظام الحماية الدبلوماسية، غير أنّ التطورات الحديثة في المجتمع الدولي أملت ضرورة البحث عن وسائل جديدة من شأنها السماح للفرد بمقاضاة الدولة مباشرة.

رغبة منها في مواكبة التطورات سارت اتفاقية واشنطن في هذا المسار، وذلك عند اشتراطها أن يكون الطرف الثاني في النزاع رعية من رعايا الدول المتعاقدة الأخرى[1] وتعبير الرعية هنا يشمل كلا من الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية.

ميزت الاتفاقية بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية من حيث مدى أهليتها لأن تكون طرفا في نزاع يعرض على المركز.

1- الشخص الطبيعي:

يمكن للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول المتعاقدة أن يكون طرفا في إجراءات التحكيم لدى المركز، لكن بشرط توفر شرط الجنسية في تاريخين معا:

1- تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على المركز.
2- تاريخ تسجيل طلب التحكيم لدى المركز.

حيث أنّ توفر الجنسية في كلتا الحالتين شرط لانعقاد اختصاص المركز وهذا ما يستفاد من نص الفقرة 2(أ) من المادة 25[2] من الاتفاقية.

لا يختص المركز بنظر المنازعات التي يكون أحد أطرافها دولة متعاقدة وشخص طبيعي يحمل جنسيتها، وعليه يتعين على الشخص الطبيعي أن يصرح بجنسيته الحقيقية

1- أنظر نص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن.

2- أنظر نص الفقرة 2(أ) من المادة 25.

عند تسجيل طلب التحكيم تفاديا لرفض طلبه في حالة ما إذا اتضح سعي الشخص للتوصل إلى اختصاص المركز عن طريق تغيير الجنسية الأصلية[1].

لا يثور أي إشكال في حالة الشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية واحدة إذ يكون آهلا ليكون طرفا في إجراءات التحكيم، إذا كان يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى، غير أنّه يفقد هذه الأهلية في حالة تطابق جنسيته مع جنسية الطرف الآخر، وعدم الأهلية مطلقة.

لكن الإشكال يثور في حالة الشخص المزدوج الجنسية وكذا عديم الجنسية.

بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية دولتين متعاقدتين طرفا في الاتفاقية فيكون الشخص أهلا لأن يكون طرفا في إجراءات التحكيم لتوفر شرط الجنسية.

أما بالنسبة للشخص الذي يتمتع بجنسية دولتين إحداهما طرفا في الاتفاقية والأخرى ليست طرفا فيها، فإنّ الأعمال التحضيرية للاتفاقية وكذا صياغة المادة 2/25 تفيد على أنّه يكفي للانعقاد اختصاص محكمة المركز أن يتمتع الشخص بجنسية أية دولة متعاقدة حتى ولو ثبت له جنسية دولة أخرى غير متعاقدة.

وبالنسبة للشخص الذي يتمتع بجنسية دولتين متعاقدتين إحداهما من جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، فلا يجوز له التقدم للتحكيم لدى المركز، نظرا لوحدة الجنسية بين الطرفين، وذلك تفاديا لحالة مقاضاة الدولة من قبل رعاياها.

أما الشخص الطبيعي عديم الجنسية، فلا يكون أهلا لطلب التحكيم أمام المركز وذلك لتخلف شرط الجنسية المنصوص عليه في المادة 1/25[2]، وإن كان تصور هذه الحالة أمرا نادرا ذلك أن القوة الاقتصادية لهذه الأشخاص سيسهل حتما الحصول على جنسية إحدى الدول.

1- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص28.

2- المرجع نفسه، ص 29، 30.

2- الشخص الاعتباري:

إضافة إلى المستثمر الشخص الطبيعي أجازت الاتفاقية للأشخاص الاعتبارية أن تكون طرفا في إجراءات التحكيم أمام المركز، بشرط أن يتوفر شرط الجنسية في تاريخ موافقة الأطراف على اختصاص المركز فيكون متمتعا بجنسية إحدى الدول المتعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع.

إلاّ أنّ هذا الشرط ليس مطلقا فيمكن أن يكون الشخص الاعتباري الطرف في النزاع المتمتع بجنسية الدولة الطرف في النزاع آهلا لمباشرة إجراءات التحكيم أمام المركز ضد الدولة التي يحمل جنسيتها، إذا اتفق على معاملته كمواطن تابع لدولة متعاقدة أخرى، فيما يتعلق بأغراض هذه الاتفاقية نظرا لإدارته الأجنبية[1].

لا يثير تحديد المقصود بالشخص الاعتباري الأجنبي التابع لدولة أخرى أية صعوبة تذكر في الكثير من الحالات، إلاّ أنّه قد يحدث من الناحية العملية أن يتفق في عقد مبرم بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية على إنشاء شركة في الدولة المتعاقدة تساهم هذه الدولة في رأس مالها بنسبة معينة يتم تحديدها وفقا لقانون الدولة أو اتفاق لاحق[2].

ينتج عن هذا النوع من العقود إشكالات عديدة، فكيف تكيّف هذه الشركة، هل هي تابعة للدولة التي أنشئت وفقا لقوانينها، أم تابعة للشخص الأجنبي نظرا لإدارته من طرف هذا الأخير.

اعتبرت المادة 2/25 (ب) من الاتفاقية، أشخاص تابعين لدولة أخرى كل شخص اعتباري يتمتع بجنسية الدولة الطرف في النزاع اتفق الطرفان على اعتباره شخص تابع لدولة أخرى متعاقدة، نظرا لإدارة وسيطرة المصالح الأجنبية عليه.

1- المادة 2/25ب من اتفاقية واشنطن:

«كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ ويتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى، بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية ».

2- السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص112.

أثار تفسير هذه المادة خلافا حادا بين الأطراف المتنازعة في العديد من القضايا، أبرزها قضية Holidays Inns ضد المغرب[1].

يستحق هذا الحكم كل التقدير والإشادة نظرا للتطبيق الصحيح لنص المادة2/25 (ب) ذلك أنّ تفسيرا غير هذا سوف يؤثر على نظرة الدول إلى مصداقية المركز وبالتالي الإحجام عن عرض نزاعاتها على هذا المركز.

1- تتلخص وقائع القضية في اتفاق أبرم بين الحكومة المغربية وشركة Holidays Inns الأمريكية من أجل بناء وتشغيل 4 فنادق في المغرب، وفي المقابل تعهدت دولة المغرب بتمويل المشروع ومنح الشركة إعفاءات ضريبية وتسهيلات ، وتضمن العقد شرط تحكيم أمام المركز الدولي CIRDI، ومن أجل تنفيذ العقد قامت الشركة بإنشاء شركة أخرى تابعة لها في سويسرا وأطلق عليها اسم Holidays Inns Glarus والتي وقعت على الاتفاق المبرم بين الحكومة المغربية والشركة الاصلية، كما تم إنشاء 4 شركات وطنية اعتبرت أنّها مملوكة بأكملها من قبل Holidays Inns تحت أسماء H.I.S.A Gasablance[1].

بدأت العراقيل تظهر بعد بداية تنفيذ العقد، خاصة مع تغيير أعضاء الحكومة المغربية والتي انتقدت المشروع، وأصرت على تعديل العقد، كما أنّها لم توفي بالالتزامات الواقعة عليها طبقا للعقد الأساسي، إثر ذلك تقدمت الشركة الأمريكية تطلب التحكيم أمام المركز الدولي CIRDI، وقد ثار خلاف بين الأطراف حول تفسير نص المادة 2/25 (ب) من الاتفاقية.

تمسكت الحكومة المغربية بعدم اختصاص محكمة المركز بالنسبة للشركات الوطنية الأربع H.I.S.A، إذ أنّ الحكومة لم توافق على أن تعامل هذه الشركات كأشخاص تابعة لدولة أخرى وبالتالي فإنّها لا تقبل شرط التحكيم وفقا لإجراءات المركز بالنسبة لهم، وإنّ رضاء الدولة في الخضوع للتحكيم الدولي لفض المنازعات الناشئة بينها وبين مواطنيها تعد تصرفا بغاية الأهمية لابد أن يكون تعبيرها واضحا وصريحا و ليس به أي لبس، وإن كان من الثابت أنّ الحكومة المغربية لم توافق صراحة على معاملة هذه الأشخاص المغربية على أنّها أشخاص تابعة لدولة، فإنّه يتعين التساؤل: هل يمكن في حالة عدم وجود موافقة صريحة للدولة الطرف في المنازعة أن يستعاض عن هذه الموافقة بوجود موافقة ضمنية إذ كانت هناك قرائن قوية تكفي للقول بوجود هذه الموافقة الضمنية من جانب الدولة على معاملة هذه الأشخاص كأشخاص تابعة لدولة أخرى؟.

لم تساعد صياغة المادة 2/25 (ب) على الإجابة عن هذا التساؤل إذ اكتفت بالنص على الموافقة دون تحديد ما إذا كانت صريحة أو ضمنية، ولما كانت هذه المرة الأولى التي تثار فيها المسألة فإنّ محكمة التحكيم كانت واعية لأهمية الآثار المترتبة عن القضاء الذي سوف تصدره في هذه القضية.

أوضحت محكمة التحكيم، أنّه فيما يتعلق بالاتفاق حول اعتبار الأشخاص الخاضعة للسيطرة الأجنبية أشخاص تابعة لدولة أخرى متعاقدة يجب أن يكون كقاعدة عامة صريحا وواضحا، أما الاتفاق الضمني فإنّه لا يمكن الاعتداد به إلاّ إذا توافرت ظروف محددة تستبعد أي تفسير آخر لنية الأطراف، وهو ما لم يكن متحققا في واقعة الحال.نقلا عن جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص30و31، وكذلك السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول...، المرجع السابق، ص ص122، 126.

لا تعد قضية Holidays Inns ضد المغرب، القضية الوحيدة التي أثير فيها تفسير المادة2/25(ب)، إذ أنّ تفسير هذه المادة كان محلا للمناقشة في قضايا عديدة منها قضية Amco ضد حكومة اندونيسيا، وكذا قضية Klockner ضد الكامرون، وقضية LETCO ضد حكومة ليبريا[1].

تعتبر قضية Tokios Tokeles ضد أوكرانيا مثال آخر لمقاضاة الدولة من طرف أفراد منتمين إلى جنسيتها، وذلك راجع لأنّ الشخص المعنوي قد تأسس وفقا لقوانين أوكرانيا، وبالتالي فهو يتمتع بالجنسية الأكرانية، الأمر الذي أدى بالمحكمة إلى منحه حق رفع النزاع إلى المركز لتسويته بصفته شخص اعتباري ينتمي بجنسيته لدولة أخرى متعاقدة بغض النظر عن جنسية الأطراف المساهمين[2].

يتضح من القضايا السابقة، أنّه قد اختلفت الأحكام الصادرة في هذه القضايا باختلاف ظروف كل منها، حيث إنّه اشترط المحكمون في قضية Holidays Inns موافقة صريحة من قبل الدولة لمعاملة مواطنيها كأشخاص أجنبية، في حين أقرت المحكمة في قضية LETCO ضد ليبيريا اختصاصها، واعتبرت الشركة متمتعة بجنسية نظرا لإدارة هذه الشركة من أفراد متمتعين بجنسية فرنسية.

يتعين على المحكمة أن تراعى في تحديد اختصاصها عوامل عدة، ذلك أنّ تقرير اختصاصها في قضية بين دولة وإحدى الأشخاص المعنوية التابع لها فيه مساس بسيادة الدول وسلب لاختصاصها في تنظيم علاقتها الداخلية وهو حق مكرس ومعترف به في أغلب الاتفاقيات.

1- السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدول...، المرجع السابق، ص127.

2- طه أحمد على قاسم، المرجع السابق، ص ص389،391.

الفرع الثـــانـــي:

خلو الرضا من عيوب الإرادة

إذا كان التراضي يعني توافق الإرادتين نحو إحداث أمر قانوني معين، فإنّه يقتضي أن تكون هذه الإرادة حرة وخالية من أي عيب يشوبها، لأنّه من شأنها أن ترتب جملة من الآثار تلقى على عاتق المدين بها، وعيوب الإرادة هي الإكراه، الغلط، التدليس والاستغلال.

أوّلا: عيوب الإرادة

عملا بالقواعد العامة تتمثل عيوب الإرادة في:

1- الإكراه:

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الفرد فيدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه، وفي الحقيقة ليست وسائل الإكراه باختلاف أنواعها(تهديدات) هي التي تفسد الرضاء، إنّما الرهبة أو الخوف الذي تحدثه هذه الوسائل في نفس المتعاقد هي التي تفسد الرضاء[1]، وهذا ما يستخلص من المادة 88 ت.م.ج التي تقضي ببطلان العقد إذا ما تم التعاقد تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد في نفس المتعاقد الأخر دون وجه حق.

يعتبر الإكراه من أبرز العيوب التي يمكن أن تتعرض لها إرادة المحتكم، فعلى مستوى التجارة الدولية الإكراه يكون متصور الحدوث عندما يكون التعامل مع الشركات العملاقة التي تمارس نوع من الاحتكار، إذ تفرض شروطا على متعامليها وفي مقدمتها

1- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص186و187.

شرط التحكيم، وهذا ما تقوم به شركة LACOFAX الفرنسية (شبه الحكومية) التي أصبحت تفرض شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية على من يتعامل معها[1].

أجاز التشريع الجزائري إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أنّ خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسد أو الشرف أو المال، وهذا طبقا لنص المادة 88 من التقنين المدني الجزائري.

2- الغلط:

الغلط حالة تقوم بالنفس توهم غير الواقع، فهو وهم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، إنّه تصور خاطئ للأمور والأشياء حيث يتبين للشخص أنّ للشيء مواصفات معينة، إلاّ أنّ الحقيقة غير ذلك[2]حيث يقدم على إبرام تصرف ما كان ليبرمه لو تبين حقيقة هذا الواقع[3].

الغلط المقصود هنا هو الغلط المعيب وهو أقل درجة من الغلط المانع حيث يكون القبول مطابقا للإيجاب، إلاّ أنّ رضاء المتعاقد غير سليم، لأنّه لم يكن على بينة من أمره ويترتب على هذا النوع من الغلط البطلان النسبي، أي أنّ العقد يكون قابلا للإبطال[4] وقد تناول المشرع الجزائري الغلط في المواد 81-85 ت.م.ج، و اشترط أن يكون الغلط جوهريا أي هو الدافع الرئيسي للتعاقد.

يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

1- ياسر كامل الصيرفي، "اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية"، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي«أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية» المنعقد بكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ضبي، من21 إلى23 أفريل 2008 ، ص08

2- علي فيلالي، المرجع السابق، ص158.

3- عبد المنعم فرج الصدد، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص198.

4- علي فيلالي، المرجع السابق، ص158.

اعتبر المشرع الجزائري الغلط جوهريا إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية، أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد[1].

يجب كذلك أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط، أي يكون الغلط مشتركا بين المتعاقدين، حيث يقع كلا المتعاقدين في الغلط[2].

يرى الفقه المدني أنّه بصدد الاتفاق على التحكيم، لا مجال للغلط في محل العقد (إخراج المنازعة من ولاية القضاء)، كما أنّه لا محل للغلط في القيمة لأنّ محل العقد في نطاق التحكيم ليس له قيمة مالية تقبل الزيادة أو النقصان، لكن يتصور أن يوجد غلط في شخص المتعاقد الآخر، أو في صفة من صفاته وذلك في حالة ما إذا كانت شخصيته محل اعتبار.

يمكن أن يكون الغلط أيضا في القانون، فيبطل العقد إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع، والأقرب إلى التصور أن يتعلق الغلط في القانون بالعقد الذي يولد النزاع موضوع التحكيم، ولكن يمكن أن يوجد غلط في القانون في اتفاق التحكيم ذاته، مثال ذلك أن يتصور أحد المتعاقدين أنّ حكم المحكمين يقبل الطعن أمام القضاء ثم يكتشف أنّ القانون لا يجيز ذلك[3].

3- التدليس:

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط، والتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلاّ للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد، وللتدليس عنصرين:

1- المادة 82 من ت.م.ج.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص110.

3- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص45.

أ- عنصر موضوعي:

وهو الطرق الاحتيالية التي تستعمل، ويستوي أن تصدر من أحد المتعاقدين أو من أجنبي عن العقد.

ب- عنصر نفسي:

هو أن تكون هذه الطرق الاحتيالية هي التي دفعت إلى التعاقد(أي أنّ التدليس هو الدافع للتعاقد)[1]، والتدليس متوقع الحدوث في التحكيم التجاري الدولي، فيمكن أن يوجد تدليس يعيب الرضا في اتفاق التحكيم أي كانت صورته[2].

أجاز التشريع الجزائري إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، كما اعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تدليسا، إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، وهذا طبقا لنص المادة86 من التقنين المدني الجزائري.

غير أنّه ليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد إذا ما صدر التدليس من غير المتعاقدين ما لم يثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس طبقا للمادة 87 ت.م.ج.

4- الاستغلال:

يعتبر الاستغلال أمر نفسي، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص125، وأنظر كذلك عبد المنعم فرج الصدد، المرجع السابق، ص216.

2- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص46.

مع هذه المنفعة تفاوتا غير مألوف[1]، وقد تناول المشرع الجزائري الاستغلال في المادة 90 من التقنين المدني الجزائري.

الاستغلال كثير الحدوث في مجال التجارة الدولية (التحكيم الدولي)، حيث التفاوت الكبير بين الدول فقبول الدول النامية للتحكيم التجاري لم يكن إلاّ لضعف منها، والجزائر خير مثال على ذلك فلم يكن قبولها للتحكيم الدولي في عقودها الاقتصادية إلاّ نتيجة لاستغلال الشركات الكبرى لظروفها الاقتصادية الصعبة.

رغم الرفض التشريعي للتحكيم في القانون الجزائري إلاّ أنّ استغلال الشركاء الأجانب للظروف الصعبة وضغطها على المتعاملين الجزائريين أدى إلى قبول التحكيم تحت الضغط والحاجة حيث كان التعاون مع الشركاء الأجانب ضروري للتنمية الاقتصادية للبلاد، إذ أنّه أبرم 69 عقدا تضمن 45 منها شرطا للتحكيم[2].

رغم توفر الاستغلال في هذه الحالة الذي يعد عيبا من عيوب الإرادة إلاّ أنّه لا يمكن التمسك به من أجل المطالبة بإبطال العقد لأنّ الحاجة للرساميل والتكنولوجيا الأجنبية فرضت هذا الواقع.

ثانيا: مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم وعيوب الإرادة

يتميز اتفاق التحكيم بخصوصيات معينة في نطاق بحث عيوب الإرادة الخاصة به فإبطال شرط التحكيم لعيب في إرادة أحد الطرفين لا يمتد إلى العقد الأصلي الملحق به والذي يبقي صحيحا رغم إبطال شرط التحكيم وذلك نظرا لاستقلال شرط التحكيم عن الاتفاق الوارد به.

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأوّل، التصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص127.

2-HOCINE Farida,″ Le droit algérien de l'arbitrage commercial international instrument d'incitation a l'investissement étranger″, Revue critique de droit et sciences politiques , N^{0}1,2008, p66.

كما أنّ بطلان العقد الأصلي لعيب في الإرادة لا يكون له أثر على شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، وهذا ما يستفاد من نص المادة 1040 من القانون 08-09 شطر أخير والتي تنص:

«لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي».

غير أنّه يمكن أن يمتد بطلان العقد إلى الشرط ذاته وذلك في حالات:

- بالنسبة **لعيب الغلط**: فهذا العيب من عيوب الرضا إذا ورد على محل العقد الأصلي، أو على قيمة المعقود عليه فهو لا يمتد بطبيعة الحال إلى شرط التحكيم، لأنّ له محل متميز على محل العقد الأصلي وهو إخراج النزاع من ولاية القضاء.

أما إذا كان الغلط في شخص المتعاقد في العقد الأصلي أو في صفة من صفاته فهو يمتد إلى شرط التحكيم، لأنّ المتعاقد الأصلي هو بالضرورة متعاقد في شرط التحكيم.

- **الإكراه**: إذا انصب على شخص المتعاقد في العقد الأصلي فإنّه يمتد إلى شرط التحكيم لوحدة الشخص وبالتالي بطلان العقد الأصلي يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم[1].

وعلى ذلك فمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يجد تطبيقا مطلقا في حالة بطلان العقد الأصلي للاستغلال والغبن فيضل شرط التحكيم صحيحا على الرغم من إبطال العقد الأصلي لهذا السبب[2].

لكن في المجال التجارة الدولية يصعب تطبيق هذه العيوب نظرا لعدم وجود قانون التجارة الدولية ينظم المعاملات بين الأفراد ويحدد عيوب الرضا.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم(شرط أو مشارطة) قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الإكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم[3].

1- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص46.

2- المرجع نفسه، ص46و47.

3- محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص46.

المبحث الثاني:

آثار موافقة الأطراف على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

يوّلد التراضي على اختصاص المركز الدولي CIRDI آثار قانونية هامة، حيث يصبح التحكيم أمام المركز ملزما، إذ يتعذر على أحد الأطراف التراجع عن اختصاص المركز بمجرد قبوله (مطلب أوّل)، إلاّ أنّه يمكن أن يتفق الطرفان على إنهاء الإجراءات التحكيمية، وبذلك وضع حد للتحكيم أمام المركز.

ينتج كذلك عن قبول اختصاص المركز امتناع القضاء الوطني عن نظر النزاع محل الاتفاق على التحكيم، وبالتالي تستقل هيئة التحكيم بتسوية النزاع (مطلب ثاني)، إذ يمتنع عن الأطراف اتخاذ أي إجراء قصد التسوية خارج إطار هيئة التحكيم، كما أنّ القبول باختصاص المركز ينتج عنه استمرار الإجراءات التحكيمية حتى بغياب أحد الأطراف وذلك حماية للطرف الآخر من الإجراءات التعطلية للطرف الأوّل (مطلب ثالث).

المطلب الأوّل:

إلزامية اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

إذا كان اللجوء إلى إحدى هيئات التحكيم لا يكون صحيحا إلاّ بالاتفاق الكتابي الصريح الذي تتضمنه اتفاقية التحكيم، فإنّه ضمانا لفعالية التحكيم، واحتراما لإرادة الطرفين، فإنّه يتعين إلزام أطراف النزاع باستكمال إجراءات التحكيم، وذلك بوضع قيود

على إرادة الأطراف فيما يتعلق بالانسحاب من اتفاق التحكيم(فرع أوّل)، إلاّ إذا كان ذلك نتيجة لاتفاق مشترك بين الأطراف (فرع ثاني).

الفرع الأوّل:

تعذر التراجع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة

حرص واضعو الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي CIRDI ضمانا لفعالية نظام التحكيم لدى المركز على تقييد حرية الأطراف المتنازعة في الرجوع عن موافقتهم على اختصاص المركز، وذلك بالنص صراحة على عدم جواز إنهاء إجراءات التسوية بالإرادة المنفردة لأي من الأطراف[1]، وهذا ما أكّدته الفقرة 23 من تقرير مديري البنك الدولي للإنشاء والتعمير حول اتفاقية المركز الدوليCIRDI، كما أضفت الفقرة السادسة من ديباجة الاتفاقية، القوة القانونية الملزمة على الموافقة المشتركة للطرفين[2].

لا يقتصر تطبيق مبدأ عدم جواز التراجع عن التحكيم على المستثمر الخاص الأجنبي بل يمتد ليشمل الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، حيث لا يجوز لأي من الطرفين بعد الموافقة على اختصاص المركز، أن ينسحب من الإجراءات التي تتخذ أمام المركز بإرادته المنفردة أو يعلن أنّه لا يخضع لمثل هذه الإجراءات.

تمثل الطبيعة الملزمة للتحكيم لدى المركز الدوليCIRDI ضمانة خاصة لأطراف النزاع، خاصة المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة وتعسفها، حيث أنّها قد ترفض

1- هذا ما جاء في الفقرة 1 شطر أخير من المادة 25 من اتفاقية واشنطن والتي تنص:

«... ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنّه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده».

2- حيث تنص الفقرة السادسة من الديباجة:

«وإذ نقرر أنّ الموافقة المشتركة لطرفي النزاع على طرح نزاعهما للتوفيق أو التحكيم في مجال الالتجاء إلى هذا النظام يشكل اتفاقا يتمتع بالقوة القانونية الملزمة...».

خضوعها للتحكيم، أو تنكر أساسا وجود مثل هذا الالتزام على عاتقها مما يشكل عقبة أمام إمكانية تسوية النزاع[1].

ينتج عن ذلك أنّه لا يجوز للدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها أن تدفع بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم، حتى تتخلص من اتفاق تحكيم قد وافقت عليه من قبل، حيث أضحى مبدأ عدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي[2].

كما يحضر على الدولة التمسك بحصانتها القضائية من أجل التنصل من التحكيم ذلك أنّ قبولها للتحكيم يحمل في طياته تنازلا عن حصانتها القضائية.

تعد قضية Framatome ضد إيران مثالا عن عدم جواز التمسك بعدم الأهلية للتنصل من الالتزامات الناشئة بموجب اتفاق التحكيم، حيث أقرّت المحكمة التحكيمية اختصاصها رغم عدم أهلية رئيس المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية في إبرام العقد دون حصوله على ترخيص من مجلس المنظمة بعد اجتماعه، وبالتالي بطلان التفويض الممنوح إلى مديره العام، حيث أقرّت المحكمة أنّ هذه المخالفات لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الطرف الآخر (الفرنسي)[3].

تأكد كذلك هذا المبدأ في عدة أحكام قضائية أخرى منها حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 24 فبراير1994 في المنازعة القائمة بين الوزارة التونسية لإنشاء والتجهيز والشركة الفرنسية Frerese Bec، وكذا حكم محكمة استئناف القاهرة الصادرة في 19

1- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ص120، 126.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 404.

3- السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدول...، المرجع السابق، ص ص89-91.

مارس1997، والتي قضت بأنّ الإدعاء ببطلان اتفاق التحكيم استنادا إلى عدم أهلية الأشخاص العامة لإبرام اتفاق التحكيم يتنافى مع مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية[1].

تمثل القضية التي جمعت شركة Alcoa minerals of Jamica Inc مع حكومة جاميكا مثالا صارخا على رفض الرجوع عن الموافقة باختصاص المركز بالإرادة المنفردة.

تتلخص وقائع القضية أنّه بموجب اتفاق استثمار وافقت الشركة الأمريكية Alcoa على إنشاء مصنع لإنتاج الألمونيوم في جاميكا، وفي المقابل منحت الحكومة الشركة امتيازا لتعدين البوكسيت علاوة على بعض المزايا والإعفاءات الضريبية، ونص الاتفاق على بند مقتضاه لا ضرائب إضافية سوف تقع على عاتق الشركة أثناء تنفيذ العقد، كما تضمن العقد شرط التحكيم أمام المركز الدولي CIRDI.

صدر قانون داخلي في جاميكا يلغي الإعفاءات والمزايا الضريبية في مجال التعدين أدى إلى زيادة ضرائب الإنتاج المقررة على تعدين خام الألومونيوم بمقدار تسعة أضعاف، وهو الأمر الذي لم توافق عليه الشركة، وعليه أقامت طلبا للتحكيم أمام المركز الدولي CIRDI لإخلال الحكومة بالتزاماتها[2].

رفضت حكومة جاميكا الظهور أمام محكمة تحكيم المركز وتمسكت بأنّها أخطرت السكرتير العام للمركز قبل تقديم طلب التحكيم لكن بعد توقيع اتفاق الاستثمار، باستبعاد المنازعات التي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية من نطاق اختصاص المركز مستندة في ذلك على نص الفقرة 4 من المادة 25 من الاتفاقية[3].

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 406،407 .

2- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دراسة في ضوء أهم وأحدث أحكام التحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية2004، ص09، أنظر كذلك حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص122، وجلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص37،.

3- تنص الفقرة 4 من المادة 25 من اتفاقية واشنطن:

« تستطيع كل دولة متعاقدة عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق، أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقدر أنّه يمكنها أولا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم، وعلى السكرتير العام أن ينقل فورا هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة، ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقا للفقرة الأولى».

رفضت محكمة التحكيم هذه الحجة والأساس الذي قامت عليه، وقررت أنّ الدولة المتعاقدة لا يجوز لها بإرادتها المنفردة أن تسحب أو تلغي رضائها بالتحكيم أمام المركز إذا ما سبق وأن أعلنت عن ذلك.

أما عن دفع الحكومة بإخطار السكرتير العام باستبعاد المنازعات المتعلقة بمصادرها الطبيعية من اختصاص المركز، أجابت المحكمة أنّ هذا التحفظ لا يؤثر على اختصاصها حيث أنّ هذا الإعلان قد صدر في تاريخ لاحق على الاتفاق المبرم بين الأطراف، وأنّ نص المادة 4/25 يتعلق بالإخطار عن استبعاد المنازعات المستقبلية التي لم تكن موضوعا لاتفاق استثمار أبرم فعلا بين طرفيه وتحدد نطاقه وفقا للشروط والبنود التي تضمنها، وبناء على ذلك قررت المحكمة اختصاصها بنظر النزاع[1].

يعد موقف محكمة التحكيم في نزاع Alcoa Minerals مع حكومة جاميكا بمثابة علامة نجاح اتفاقية واشنطن في مواجهة مشكلة التزام الدولة بالتحكيم، ولا شك أنّ قاعدة من هذا القبيل تبعث الإحساس بالثقة والطمأنينة في نفس المستثمرين تجاه التحكيم مما ينعكس إيجابا على تشجيع الاستثمار الأجنبي في الدول النامية[2]، إذ يبقى المركز مختصا نتيجة للطبيعة الملزمة لموافقة الأطراف على عرض النزاع على المركز.

على هذا الأساس يرى البعض أنّ الموافقة على اختصاص المركز يشكل التزاما دوليا محصنا من الناحية القانونية[3].

يرجع اهتمام الاتفاقية بإلزامية اللجوء إلى التحكيم أمام المركز بعد صدور الموافقة عليه، إلى الرغبة في حماية الطرف الآخر المتعاقد تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ

1- حسن أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ص123،125، أنظر كذلك في هذا المجال جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 37و38.

2- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص09.

3- قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات...، المرجع السابق، ص62.

الالتزامات العقدية، وكذا تطبيقا لنظرية الظاهر، حيث يصعب على الطرف الثاني في العقد التحقق من أهلية المتعاقد معه طبقا لقانونه الداخلي.

إذا كانت نصوص الاتفاقية قد منعت الأطراف من التراجع عن موافقتهم بالإرادة المنفردة فإنّه واحتراما لإرادة الأطراف يمكن التراجع عن هذه الموافقة لكن بالاتفاق المشترك للطرفين على ذلك.

الفرع الثاني:

إمكانية التراجع عن التحكيم لدى المركز الدولي باتفاق الأطراف

لم تتضمن اتفاقية المركز الدوليCIRDI نصا صريحا يبيح التراجع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة، وإن كانت قوانين تحكيم أخرى قد أولت العناية لهذه النقطة نذكر منها:

مشروع القانون العربي للتحكيم التجاري الدولي وذلك في نص المادة 94 منه والذي يحدد من بين حالات انتهاء إجراءات التحكيم حالة اتفاق الأطراف على إنهاء التحكيم[1].

كما أن قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لم يغفل هذه النقطة، إذ جاء في متن المادة 30 على أنّ اتفاق الطرفان على إنهاء الإجراءات سبب من أسباب إنهاء إجراءات التحكيم .

وإن كانت نصوص الاتفاقية قد أغفلت النص على حالات جواز التراجع عن التحكيم، إلاّ أنّ قواعد الإجراءات المتعلقة بالأحكام التحكيمية (قواعد التحكيم) قد أجازت في مادتها 1/43 وضع حد للإجراءات التحكيمية قبل صدور الحكم، وذلك قصد تسوية النزاع وديا، فتقوم المحكمة أو السكرتير العام (حالة عدم تشكل المحكمة) بإصدار قرار بعدم استمرار الإجراءات التحكيمية[2].

1- مشروع عربي للتحكيم التجاري الدولي، إعداد المعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة، أنظر على الموقع: http://www.aiadr.com/user images3515840pdf.

2- Article 43/1 du règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage(règlement d'arbitrage)

«Les parties, avant que la sentence ne soit rendue, sont d'accord pour régler le différend a l'amiable au conviennent de mettre autrement fin a l'instance, le tribunal ou le secrétaire général si le tribunal n'est pas encore constitue prendre note de la fin de l'instance sur requête écrite des parties, par voie d'ordonnance».sur site : : http://icsd-worldbank.org/icsid/static fils/basic doc-fra/crp-french-final-pdf.

أجازت المادة 44 من نفس القانون وضع حد للنزاع والإجراءات التحكيمية بطلب من أحد الأطراف، حيث يقوم الطرف الراغب في إنهاء الإجراءات بتقديم طلب إلى المحكمة التحكيمية أو السكرتير العام(حالة عدم تشكل المحكمة)، ويقوم هذا الأخير بمنح الطرف الثاني ميعاد للإجابة، فإذا لم يعترض هذا الطرف خلال تلك المهلة يكون هذا الطرف قد وافق على طلب إنهاء الإجراءات، وبناءا عليه تقوم المحكمة أو السكرتير العام بتثبيت ذلك في قرار، أما إذا اعترض الطرف الثاني على طلب الطرف الأوّل تستمر الإجراءات التحكيمية[1].

من خلال الأحكام الصادرة عن المركز يلاحظ أنّ هناك تطبيقات عديدة لقبول المحكمة التحكيمية اتفاق الأطراف على عدم الاستمرار في عرض النزاع على المركز وتسويته وديا، ومن بينها:

ـ نزاع Impregilo, SPA and Rizzani de Echer SPA مع حكومة الإمارات العربية، حيث تم تسوية النزاع وديا بين الأطراف وصدر قرار من السكرتير العام بإيقاف الإجراءات في 7 أوت2001.

ـ نزاع Antionne Goetz and other مع حكومة بورندي، والذي تم تسويته وديا بين الأطراف، وصدر قرار المحكمة بذلك في 10 فبراير 1999.

ـ تم تسوية نزاع Aloa مع حكومة جاميكا السابق الإشارة إليه وديا، حيث قام الأطراف في 22 فبراير 1977 بإعلان المركز تسوية نزاعهم وديا، وبناءا عليه صدر

---

1 - Art 44: «Si une partie demande qu’il soit mi fin a l'instance , le tribunal , ou le secrétaire général si le tribunal n'est pas encore constitue fixe par voie d'ordonnance un délai dans le quel l'autre partie s'opposer a ce désistement, si aucune objection n'est soulever par écrit dans ledit délai, l'autre partie est réputée avoir accepte le désistement et le tribunal ou sil ya lieu, le secrétaire générale, le constate dans son ordonnance, si une objection est soulevée, l'instance continue ».

قرار محكمة التحكيم بعدم الاستمرار في الإجراءات في 27 فبراير من نفس العام، وذلك وفقا لقاعدة التحكيم رقم 1/43[1].

ـ كما سوى نزاع شركة Kaiser Bauxite مع حكومة جاميكا والتي تتمثل وقائعه مثل النزاع السابق باستغلال مناجم الألومونيوم في جاميكا، وديا بين الأطراف وصدر قرار محكمة التحكيم بعدم الاستمرار في الإجراءات في 27 فبراير عام 1977 وفقا لقاعدة التحكيم رقم 44.

ـ كما تم تسوية نزاع Guadalupe Gas Products corporation مع نيجيريا وديا في 14 ديسمبر 1979، وصدر قرار محكمة التحكيم بإيقاف الإجراءات وأوردت به النص الكامل لهذه التسوية في 22 يوليو 1980 وفقا لقاعدة التحكيم رقم 2/43.

ـ كذلك نزاع شركة Mobil oil وآخرين مع حكومة نيوزلندا والذي تم تسويته وديا بين أطراف النزاع بتاريخ 10 يونيو 1990، وصدر قرار المحكمة بإيقاف الإجراءات في 26 نوفمبر من نفس العام[2].

غير أنّه وإن كانت القاعدة تقضي بعدم جواز إلغاء الموافقة بالإرادة المنفردة إلاّ أنّه يجوز للطرف الذي صدر منه الرضا إلغاء أو سحب قبوله باختصاص المركز طالما أنّ الطرف الثاني لم يكن قد أخطر المركز قبوله الاختصاص، أي لم يقترن بعد الإيجاب والقبول، فالرضا البات هو الذي يصدر عن طرفين وليس عن طرف واحد[3].

1- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحى، المرجع السابق، ص9.

2- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ص126، 128.

3- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص38.

المطلــب الثاني:

استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع

استكمالا للطابع الإلزامي للجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولي CIRDI وتعذر النكول عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة، أقرّت الاتفاقية المنشأة للمركز الدولي CIRDI وكذا الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية مبدأ استئثار هيئة التحكيم بنظر النزاع دون غيرها(فرع أوّل)، حيث يمتنع عن المحاكم القضائية للدول النظر في نزاع تضمن اتفاقية تحكيم تحيل الأطراف على التحكيم لدى المركز الدولي CIRDI(فرع ثاني)، وهو ما يعبّر عنه بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم.

الفرع الأوّل:

إقرار مبدأ الاستئثار في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية

نظرا لأهمية هذا المبدأ ودوره في تحقيق المزيد من الفعالية لأحكام التحكيم فقد اهتمت به وقننته الاتفاقيات الدولية كما قنّن في التشريعات الداخلية

أوّلا: إقرار مبدأ الاستقلالية في الاتفاقيات الدولية

يعتبر مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع من المبادئ التي نالت اهتماما من طرف الاتفاقيات الدولية المتخصصة بالتحكيم، وذلك راجع إلى السبب الذي وجدت لأجله هذه الاتفاقيات وهو جعل نظام التحكيم الدولي أكثر فعالية، ذلك أنّ تقرير مبدأ مثل هذا من شأنه أن يساهم في تحقيق الفعالية المطلوبة، فامتناع القضاء الداخلي عن التدخل في عمل هيئات التحكيم يساعد هذه الهيئة على إصدار أحكام عادلة ومنصفة بعيدا عن تأثيرات هذه الهيئات الداخلية.

أولت اتفاقية واشنطن لمبدأ استقلالية هيئة التحكيم واستئثارها بكل عناصر النزاع أهمية بالغة حيث اعتبرت المادة 26 من الاتفاقية موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم تخليا عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية سواء على المستوى الداخلي(القضاء) أو على المستوى الدولي(القضاء الدولي).

منعت المادة 27 على الدولة استعمال حقها في الحماية الدبلوماسية أو رفع قضية دولية لفائدة رعاياها في شأن نزاع سبق وان اتفق على طرحه على التحكيم أو تم فعلا طرحه على التحكيم، وعليه فإنّ قبول اختصاص المركز يفيد التنازل عن كل مطالبات أخرى داخلية أودولية سواء كان من الطرف في النزاع أو دولة هذا الطرف.

تتفق اتفاقية واشنطن مع قانون الأونسيترال للتحيكم التجاري الدولي في مسألة استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع حيث أوجبت المادة 08 على المحكمة التي يرفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم وذلك بناءا على طلب من أحد الأطراف.

يذهب مشروع القانون العربي للتحكيم التجاري نفس المذهب حيث ألزمت المادة 32 منه الجهة القضائية التي يرفع إليها نزاع وجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضي برد الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى إلاّ إذا تبين للمحكمة انقضاء الاتفاق التحكيمي، أي أنّه عديم الأثر(باطل).

كما تتفق أحكام اتفاقية واشنطن مع أحكام اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري والتي أنشأت المركز العربي للتحكيم التجاري، من حيث منح سلطة الفصل في النزاع لهيئة التحكيم إذا ما سبق وأن اتفق باللجوء إلى التحكيم بشأنه[1].

نظرا لأهمية هذا المبدأ فقد لقي اهتماما من طرف القوانين الداخلية عن طريق إقراره في هذه القوانين.

1- اتفاقية عمان العربية على الموقع:.http: //www. arab légal net.org/Ag list.aspx? id:36

ثانيا: إقرار الاستقلالية في القوانين الوطنية

تكريس إقرار مبدأ استقلال هيئة التحكيم بتسوية النزاع تطبيق لمبدأ آخر مقرر في جميع التشريعات هو العقد شريعة المتعاقدين كما أنّه من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود[1].

اعترفت بعض التشريعات الداخلية بسلطة هيئة التحكيم لتسوية النزاع وذلك ضمانا لجدية وفعالية نظام التحكيم ذلك أن تدخل الهيئات القضائية في عمل المحكمين قد يؤثر سلبا على الأحكام الصادرة، حيث يقع على عاتق هذه الهيئات الامتناع عن نظر النزاع محل الاتفاق على التحكيم في حالة إذا ما رفع النزاع إليها و ذلك بإحالة الأطراف على التحكيم.

نفت المادة 1045 ق.إ.م.إ الاختصاص عن القضاء وذلك في حالة قيام المحكمة التحكيمية أو أنّه تبين وجود اتفاقية تحكيم غير أنّه يجب التمسك بها من طرف أحد الأطراف[2].

نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد تدارك النقص الذي شاب المرسوم 93-09، حيث لم يحدد الوقت الذي تعتبر فيها اتفاقية التحكيم قائمة، حيث أن نص المادة1045 أكثر تماشيا مع واقع التحكيم الدولي إذ يصبح القاضي غير مختص بمجرد إثارة وجود اتفاقية التحكيم من أحد الأطراف[3].

اشترطت المادة 1044 أن يكون الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية قبل أي دفع في الموضوع.

1- FAUCHARD Philippe, GAILLARD(E), GOLDMAN (B), op.cit, p396.

2- تنص المادة 1045 من الأمر رقم 08-09 على أنّه:

«يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الإطراف ».

3 - ISSAD Mohand , "La nouvelle loi algérienne relative a l arbitrage international", revue de l' arbitrage, n° 03, 2008, p424.

تناول التشريع الفرنسي مسألة استئثار هيئة التحكيم في المادة 1458 ق.إ.م.الفرنسي وألزمت المحاكم القضائية رفض الفصل في النزاع استنادا إلى وجود اتفاقية تحكيم وإخطار هيئة التحكيم[1].

انتهج المشرع المصري نفس نهج القوانين السابقة، وذلك من خلال نص المادة13 من قانون التحكيم المصري[2] والتي تنص:

«***1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.***

2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم».

تنص المادة 359 ق.إ.م السويسري على أن تفصل المحكمة التحكيمية في اختصاصها بقرار عرضي أو في متن القرار الموضوعي وذلك إذا ما ثبت صلاحية اتفاقية التحكيم، وبالتالي اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع.

نص التشريع الإماراتي في المادة 5/203 على عدم جواز رفع دعوى أمام القضاء إذا ما سبق وأن اتفق الطرفان على التحكيم، غير أنّه إذا ما لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتراض من الطرف الثاني جاز نظر الدعوى وبالتالي إلغاء شرط التحكيم[3].

1- وتنص المادة 1/1458 ق.إ.م الفرنسي الجديد:

«L'ors qu'un litige dont un tribunal arbitral est saisie en vertu d'une convention d'arbitrage est porte devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente».

Voir: ARMAND-PREVOST Michel, "le code de l'arbitrage en France", Revue de jurisprudence commercial, paris, 1999, p25.

2- نصوص قانون التحكيم المصري، القانون رقم27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، متوفر على الموقع: http://www.alu-1944.org/egypte.htm

3- قوانين التحكيم العربية، متوفر على الموقع: http://www.file///G/shwthread.php.htm

جاء نص المادة 1/10 من القانون السوري موافقا لمبدأ استقلال هيئة التحكيم بتسوية النزاع حيث ألزم المحاكم بإعلان عدم اختصاصها بالنسبة للمنازعات التي كانت محلا لاتفاقية تحكيم، وذلك إذا ما تمسك بها المدعى قبل إبداء أي دفوع[1].

الفرع الثاني:

أثر استقلال المركز بتسوية النزاع

ينتج عن مبدأ استقلال المركز بتسوية النزاع آثار هامة، حيث أنّه يمنع عن المحاكم القضائية التدخل في النزاع، وبالتالي فإن الحكم الصادر عن هيئات تحكيم المركز تفلت من الرقابة هذا ما يسمح بالقول أن نظام تحكيم المركز الدولي بعيد عن قانون المحاكم الوطنية[2].

أقرّت المادة 26 من الاتفاقية المنشأة للمركز الدولي CIRDI أنّ موافقة الأطراف على طرح النزاع على التحكيم لدى المركز يعتبر ما لم ينص على خلاف ذلك تخليا عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية، غير أنّها أتاحت للدولة المتعاقدة أن تشترط استفاء طرق التسوية الداخلية سواء الإدارية أو القضائية، وذلك قبل طرح النزاع على التحكيم لدى المركز.

يفهم من نص المادة أنه باستثناء حالة الاتفاق على جواز اللجوء إلى القضاء فإنّ المركز يبقى مختصا ويستأثر بجميع عناصر النزاع باعتبار أنّ قبول التحكيم لدى المركز يعتبر قبولا في ذات الوقت لاستبعاد أي طريق آخر لتسوية النزاع، وفي ذلك مسلك واضح من واضعي الاتفاقية نحو تحقيق المزيد من الفعالية لإحكام التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية[3].

1-EL HAKIM Jacque, DJOUM'A Souhil, "Loi syrienne sur l'arbitrage du 25 Mars 2008 loi n°4", Revue de l'arbitrage, n°4, 2008.P852.

2- NASR Jean-Pierre, L'encouragement de l'investissement… ,op.cit, p19.

3- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص21.

أتاحت المادة 26 للدولة المتعاقدة اشتراط استفاء طرق التسوية الداخلية إدارية كانت أو قضائية وذلك كشرط لموافقتها على التحكيم في إطار المركز.

تدعيما لكفالة استقلال محاكم تحكيم المركز بفحص النزاع دون أن تشترك معها في ذلك جهات أخرى، فلقد أتاحت الاتفاقية لمحكمة التحكيم سلطة اتخاذ أية إجراءات تحفظية تقتضيها الضرورة للحفاظ على الحقوق المشروعة لأي من الأطراف، سواء كان ذلك بناءا على طلب أحد الأطراف أو بناءا على تصرف تلقائي من جانب المحكمة طالما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[1].

أضافت الاتفاقية بنص المادة 47 قاعدة مكملة للقاعدة الأولى، بحيث صار لهيئة التحكيم التي تتشكل في إطار هذا المركز أن تنظر وحدها في الطلبات الموضوعية والمستعجلة المتعلقة بالنزاع سعيا لتسوية الخلاف بين الأطراف[2].

إلاّ أنّ وضع هذه القاعدة موضع التنفيذ يثير التساؤل عما إذا كان يحضر على الأطراف التقاضي أمام المحاكم الوطنية، وما هو الحكم الذي ينبغي أن تقضي به هذه المحاكم إذا ما رفع إليها دعوى بالمخالفة للقاعدة المذكورة ؟.

ينتج عن انضمام الدولة إلى اتفاقية واشنطن، أن تصبح هذه الاتفاقية جزء من القانون الوطني للدولة بمجرد التصديق على هذه الاتفاقية، ومن ثم يكون لقواعدها الأولوية في التطبيق إعمالا لمبدأ تدرج القواعد القانونية وسمو قواعد القانون الدولي على القواعد القانونية الوطنية عند التعارض.

بالتالي فإنّه وإن كان يقع على عاتق المحاكم الوطنية الفصل في النزاع فإنّ دخول نصوص الاتفاقية ضمن القانون الوطني يضع على عاتق القاضي التزاما بعدم نظر الدعوى والفصل فيها أو إصدار أية أوامر بالحجز التحفظي بشأنها، إلاّ أنّ ذلك لا يعني

1- حسن أحمد الجندي، المرجع السابق، ص 136.

2- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص22.

أنّه سيرفض الفصل في موضوع اتخاذ الإجراء التحفظي، إذ سيعد ذلك مخالف للقانون الوطني، إنما يتعين عليه إحالة الأطراف إلى محكمة تحكيم المركز الدولي CIRDI[1].

يعد نزاع Atlantic triton مع حكومة غينيا و الذي تضمن العقد المبرم بينهما شرط تحكيم لدى المركز الدولي، أبرز مثال على بطلان الإجراءات التحفظية التي تتخذ خارج إطار محكمة تحكيم المركز الدوليCIRDI ، حيث أنّه بنشوب الخلاف استصدرت الشركة أمر بالحجز التحفظي على السفن المملوكة للشركة الغينية ضمانا لحقوقها من إحدى المحاكم الفرنسية، إلاّ أنّه عندما طعن في الأمر انتهت محكمة الاستئناف إلى عدم اختصاص قاضي المحكمة التجارية بإصدار الحجز التحفظي وأسّست المحكمة حكمها على أنّ لمحكمة التحكيم اختصاص عام يمنع اختصاص المحاكم الفرنسية ليس فقط في موضوع النزاع بل كذلك في كل الإجراءات التحفظية وبالتالي قضت بإلغاء الحكم[2].

تدعم هذا المبدأ في النزاع بين شركة Maritime international nominées Establishment(Mine) مع حكومة غينيا، حيث تضمن الاتفاق شرطا للتحكيم لدى المركز CIRDI، وإزاء رفض غينيا التفاوض أو عرض النزاع على التحكيم بالرغم من وجود اتفاق تحكيمي، لجأت الشركة إلى تقديم طلب التحكيم، وأثناء السير في إجراءاته تقدمت بطلب للقضاء البلجيكي للحجز على الأموال المملوكة لغينيا في بلجيكا حيث انتهى قاضي الأمور الوقتية إلى عدم اختصاصه بنظر الطلب وذلك استنادا إلى اختصاص محكمة تحكيم مركز CIRDI[3].

1- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص137، أنظر كذلك: صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص23.

2- إبراهيم شحاتة، "دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41، 1985، ص10و11.

3- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصليحي، المرجع السابق، ص25، وللتفصيل أكثر أنظر أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ص141،143.

تأكد المبدأ في عدة قضايا أخرى منها نزاع شركة Mobil Oil وآخرين مع حكومة نيوزلندا، حيث تضمن الاتفاق شرطا تحكيميا، وإثر نشوب النزاع تقدمت الشركة لطلب التحكيم لدى المركز.

وفي محاولة من جانب الحكومة لعرقلة نظر النزاع أمام المركز استصدرت أحكام قضائية من المحاكم الوطنية تمنع الشركة من الاستمرار في إجراءات عرض النزاع على المركز أو أي جهة أخرى.

تقدمت الشركة إثر ذلك بطلب إلى المحكمة العليا في نيوزلندا من أجل وقف الإجراءات أمام المحاكم الوطنية لحين الفصل في النزاع، وقد قضت المحكمة العليا بإيقاف جميع الاجراءات أمام المحاكم الوطنية لحين الفصل في النزاع عن طريق التحكيم وذلك على أساس أنّ نيوزلندا طرف في اتفاقية واشنطن وبالتالي يتعين عليها احترام مبادئها[1].

وإن كان مبدأ استئثار هيئة التحكيم بنظر النزاع قد لقي تأييدا من جانب بعض المحاكم الوطنية، إلاّ أنّ البعض منها قد أنكر هذا المبدأ من أبرزها القضاء الفرنسي، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى رفض تقييد سلطاتها واختصاصاتها القضائية لصالح التحكيم، حيث قضت في النزاع بين غينيا وشركة Atlantic Triton أنّ نص المادة 26 و47 ليس المقصود منه حرمان أطراف النزاع من الاستعانة بالمحاكم الوطنية لاتخاذ إجراءات الحجز التحفضي من أجل ضمان تنفيذ حكم التحكيم الذي ينتظر صدوره عن هيئة التحكيم اذ أنّ محكمة الاستئناف قد أساءت تطبيق نص هذه المادة.

منح القانون المصري للتحكيم المحاكم المصرية الاختصاص بنظر طلبات الحجز التحفظي رغم وجود شرط التحكيم، وذلك في المادة 14 والتي سمحت لمحكمة مصرية أن

1- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ص148، 150.

تأمر بناء على طلب أحد طرفي النزاع باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها[1].

يعتبر نظام المركز الدولي نظام تحكيم الاستثمار الوحيد الذي يتميز بالاستقلالية عن كل المحاكم الداخلية، وذلك بإقراره لمبدأ مثل هذا، حيث أنّ حضر خضوع تحكيم المركز لأي قانون وطني يفيد منع تدخل الهيئات المحلية حتى من أجل فرض الرقابة عن أحكام المركز[2].

يبقى للطرف المحكوم ضده اللجوء إلى طلب إلغاء الحكم عن طريق تشكيل هيئة تحكيم خاصة مكونة من 03 محكمين معينين من قبل المركز من أجل إعادة النظر في الحكم وهي الطريقة الوحيدة الممكنة لممارسة الرقابة على أحكام المركز.

إنّ الهدف الذي تسعى إليه الاتفاقية من وراء تقريرها لهذا المبدأ هو تفادي تشتت النزاع بين هيئة التحكيم والمحاكم الوطنية في دولة أو أكثر، حيث أنّ ذلك سيؤثر حتما سلبيا على الحكم، وإن كان سبب تمسك هذه الجهات المنكرة لمبدأ الاستقلالية هو ضرورة الإجراءات التحفظية نظرا لعنصر الاستعجال، إلاّ أنّه وإن تضمن هذا الرأي شيء من الصواب إلاّ أنّ الاتفاقية بتقريرها لهذا المبدأ الهدف منه تحقيق المزيد من الفعالية والسرعة في إجراءات التحكيم.

إنّ تقرير قاعدة مثل هذه من شأنه أن تنجر عنه عواقب وخيمة، فبعد تعديل النظام الذي حدث في 1984 أصبح طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية أمام الجهات القضائية الداخلية مستحيلا عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم يحيل إلى المركز الدولي، إلاّ إذا كان اتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك.

1- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص27.

2- KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, "L'arbitrage d'investissement : entre contra et traité-entre intérêts privés et intérêt publique", p7, sur site :
http://www.ik-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contra-trait.entre-interêt-prives-interêt -publique -i.e.pdf.

إنّ تقييد حرية الأطراف في اتخاذ الإجراءات التحفظية لن يكون إلاّ في صالح الدولة، فعدم تقديم الموضوع أمام الجهات القضائية للدولة يحقق لها امتياز أكيد، ذلك أنّ تشكيل المحكمة التحكيمية في ظل نظام المركز الدولي يتطلب وقتا طويلا قد يصل إلى عدة شهور يضل فيها الأطراف أمام عدم إمكانية اتخاذ الإجراءات التحفظية من أي منهما وهذا ما يؤخذ عل تحكيم المركز الدولي، ويشكل إحدى الثغرات الأساسية لهذا النظام الشيء الذي يستوجب إعادة النظر فيه[1].

المطلب الثالث:

عدم تأثر الإجراءات بغياب أحد الأطراف

إذا كان الانضمام إلى اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدوليCIRDI لا يعني الموافقة على طرح النزاع على المركز، إلاّ أنّ الموافقة المشتركة لأطراف النزاع على اللجوء للتحكيم يلزم الأطراف باستكمال إجراءات التحكيم وذلك قصد تحقيق الغاية المرجوة من إنشاء الاتفاقية.

نتيجة للطابع الإلزامي للتحكيم لدى المركز الدوليCIRDI وتعذر تنصل الأطراف من تعهدهم السابق قد يلجأ أحد الأطراف إلى التحايل على لجنة التحكيم وذلك باتخاذ مواقف معينة تهدف إلى تعطيل إجراءات التحكيم وبالتالي تأخير صدور الحكم أو إن أمكن عدم صدوره مطلقا.

لغرض تفادي هذه الإشكالات، أقرّت الاتفاقية مبدأ هاما مفاده عدم فعالية الإجراءات التعطيلية(فرع أوّل)، وبالتالي استمرار الإجراءات وصدور الحكم(فرع ثاني).

---

1 - GAILLARD Emmanuel," Les premières applications du règlement de référé pré arbitral de la CCI, comment prendre des mesures conservatoires efficaces dans le commerce international", séminaire IAI du 31 mai 2002, Sherman sterling, paris, p02, sur site : http://www.iaiparis.com/pdf/actes-colloque.pdf.

الفرع الأوّل:

عدم فعالية الإجراءات التعطيلية من أحد الأطراف

نتيجة للطابع الإلزامي للتحكيم لدى المركز الدوليCIRDI بمجرد الموافقة على اختصاص المركز والذي ينتج عنها التزاما باستكمال كل إجراءات التحكيم، فإنّه وبغرض التخلص من تعهد الأطراف فقد يعمد أحدهم إلى اتخاذ موقف سلبي من الإجراءات قصد منع صدور الحكم، خاصة وأن كان يعلم يقينا أنّ الحكم سيكون ضده.

تتمثل الإجراءات التعطيلية في امتناع أحد الأطراف عن المشاركة في الإجراءات سواء كان ذلك بعدم المشاركة في تعيين المحكمين أو بالامتناع عن تقديم الدفوع وحضور الجلسات.

تفطنت الاتفاقية لمشكل عدم تعيين أحد الأطراف للمحكم وعليه فقد أقرت في المادة 38 حلا لمواجهة هذه المشكلة وذلك إذا لم يتم تشكيل المحكمة خلال 90 يوما من الإخطار بتسجيل الطلب أو خلال أية مدة أخرى يتفق عليها، فإنّه يتعين على الخصم صاحب المصلحة في الاستعجال التقدم بطلب إلى رئيس المركز بغرض تعيين المحكم الذي امتنع خصمه عن تعيينه، وعليه يقوم الرئيس بالتعيين بعد التشاور مع الأطراف إن أمكنه ذلك، شرط الأخذ بعين الاعتبار جنسية الأطراف.

يعتبر نظام التحكيم نظاما استثنائيا، وعليه وحماية للأطراف فقد قرر احترام مبدأ الوجاهية بين الأطراف والذي مفاده تمكين الأطراف من إبداء دفوعهم لصون حقوقهم[1] خاصة وأنّ اتفاقية واشنطن في المادة 52 قد أتاحت لأحد الأطراف طلب إلغاء الحكم استنادا إلى الإخلال بقاعدة إجرائية منها احترام مبدأ الوجاهية، وعليه فقد يعمد أحد

1- تنص المادة 1056 ق.إ.ج.إ:

« لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلاّ في الحالات الآتية:...

4- إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية...»

الأطراف إلى الغياب عن الحضور في الجلسات قصد التمسك بهذا السبب من أجل اكتسابه حقا في طلب إلغاء الحكم وإبطاله وبذلك ينقص من فعالية نظام التحكيم.

تعتبر هذه الإجراءات التعطيلية بمثابة وجه آخر للتراجع عن التحكيم لدى المركز ولكن بصورة ضمنية، وذلك بهدف تأجيل الفصل في النزاع أو الضغط على الطرف الآخر في النزاع لقبول التسوية التي يسعى إليها، ولاشك أنّ تحقق ذلك من شأنه أن يفقد التحكيم واحدة من أهم مميزاته، وهي سرعة الفصل في المنازعات بما تتناسب مع الإيقاع السريع لمتطلبات التجارة الدولية[1].

يتطلب ضمان فعالية نظام التحكيم أن يكون نكوص أحد الأطراف عن القيام بالتزاماته من أجل حسن سير العملية مقترنا بإمكانية إلزامه بالتنفيذ العيني، إذ لا يمكن الاكتفاء هنا بطلب التعويض عن الضرر الناجم عن التخلف عن تنفيذ هذا الالتزام لأسباب عديدة من أهمها صعوبة تحديد الضرر الواقع على الطرف المتضرر من عدم عرض النزاع على التحكيم[2].

إنّ الامتناع عن تعيين المحكمين أو عدم تقديم الدفوع بالامتناع عن حضور الجلسات قد يكون لسبب آخر غير تأخير الفصل في النزاع، فقد يعمد أحد الأطراف إلى عدم تشكيل المحكمة لهدف القيام ببعض التصرفات الاحتيالية ومنها مثلا إخفاء الأدلة أو تهريب الأموال ونقل ملكيتها وذلك قصد أبعادها من اتخاذ الإجراءات التحفظية عليها.

حسمت الاتفاقية في مسألة عدم حضور أحد الأطراف وتقديم دفوعه بنص المادة 45 فقرة 2 والتي أجازت للطرف الثاني أن يطلب من المحكمة الاكتفاء بما تم الحصول عليه من أدلة ووثائق وإصدار حكمها في النزاع وذلك في حالة غياب أحد الطرفين وامتناعه عن الحضور وتقديم أوجه دفاعه، وعلى المحكمة أن تخطر الطرف المتغيب أو الممتنع

1- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص 151.

2- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص13.

عن تقديم دفوعه بالطلب الذي تلقته، وأن تمنحه مهلة لتدبر الأمر قبل إصدار حكمها ما لم يتضح للمحكمة عدم توفر النية للحضور إلى المحكمة أو السير في الخصومة.

اعتبرت رغم ذلك الفقرة الأولى من المادة 45 أنّ غياب أحد الأطراف أو امتناعه عن تقديم دفوعه ليس تسليما بإدعاءات الطرف الثاني وهذا ما يبرر منحها مهلة للطرف الآخر بغرض تقديم دفوعه.

إنّ اتخاذ موقف سلبي من الإجراءات التحكيمية وذلك عن طريق التحايل من أجل تعطيل الإجراءات التحكيمية أمر متوقع ليس فقط أمام المركز الدوليCIRDI، لكن حتى على مستوى الهيئات الدولية الأخرى، و رغبة في تفادي إشكالات من هذا النوع وتحقيق الغاية المرجوة من التحكيم فإنّه قد عولج هذا المشكل على جميع المستويات سواء الداخلية أو الدولية، وذلك عن طريق تحديد جهة معينة وتخويلها صلاحية تعيين المحكمين في حالة امتناع أحد الأطراف عن التعيين.

نظم المشرع الجزائري مسألة امتناع أحد الأطراف عن تعيين المحكمين وذلك من خلال نص المادة 1041 ق.إ.م.إ بحيث خول لصاحب المصلحة في التعجيل في حالة غياب تعيين المحكمين أو صعوبة ذلك أن يرفع الأمر إمّا:

1- إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، وذلك في حالة التحكيم الجاري بالجزائر.

2- إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

كما أسند مهمة التعيين إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ وهذا في حالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم عملا بنص المادة 1042 ق.إ.م.إ.

لجأت معظم التشريعات الأخرى على غرار التشريع الجزائري إلى تحديد جهات معينة تقوم بتعيين المحكمين في حالة تقاعس أحد الأطراف عن التعيين منها، قانون التحكيم المصري في المادة 2/17 الذي أسند مهمة تعيين المحكمين في حالة غياب الاتفاق أو عدم التعيين من أحد الأطراف لمحكمة استئناف القاهرة.

تهدف النصوص المتقدمة إلى تحاشي إنكار العدالة في الفروض التي يصعب فيها تشكيل محكمة التحكيم بسبب تعنت أحد الأطراف بمنحها الفرصة للطرف المدعي أن يتقدم بدعواه أمام الجهات القضائية الوطنية، وإن كان بعض الفقه لا يؤيد هذا الاتجاه أخذا بعين الاعتبار الإرادة الأولية للإطراف التي كانت موجهة نحو اتخاذ التحكيم سبيلا للفصل في المنازعات الناشئة بينهم وإن كان الالتجاء إلى هذا الحل لا يتم إلاّ على النحو الاستثنائي[1].

لم يقتصر تنظيم هذه المسألة على اتفاقية واشنطن والتشريعات الداخلية الأخرى بل عمدت الاتفاقيات الأخرى إلى اتخاذ تدابير قصد تفادي هذه الإشكالات.

أسندت قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية مهمة التعيين إلى الهيئة الدولية للتحكيم المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية باقتراح من اللجنة الوطنية في البلد الذي ينتمي إليه هذا الطرف وفي حالة غياب تشكيل اللجنة الوطنية فإنّ الهيئة تقوم بالتعيين استنادا إلى قدرات ومؤهلات المحكم[2].

فصلت اتفاقية عمان المنشئة للمركز العربي للتحكيم التجاري في قضية تعيين المحكمين حيث أسندت إلى مكتب المركز مهمة تعيين المحكمين في حالة عدم التعيين من أحد الأطراف[3].

1- السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص120.

2- المادة 9 فقرة 6 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية.

3- المادة 18 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.

اعتبرت المادة 28 من نفس الاتفاقية الغياب الغير المبرر عن جلسات التحكيم ليس سببا لوقف الإجراءات كما أنّ عدم تقديم الدفوع من أحد الأطراف لا يعد تسليما بادعاءات الطرف الآخر.

أسندت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي مهمة تعيين المحكم في حالة عدم تعيينه من أحد الأطراف إلى رئيس غرفة التجارة للدولة التي يقيم فيها الطرف الممتنع وقت إجراء التحكيم أو يزاول فيها نشاطه[1].

بناءا على ما تقدم يمكن الاستنتاج أنّ الطرف المناهض للتحكيم لا يمكنه إلاّ في فروض نادرة جدا أن يقوم بتجميد إجراءات التحكيم لعدم رغبته في المشاركة فيها، إذ أنّه قد انتبهت معظم التشريعات الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية إلى مثل هذا الفرض كوسيلة لوقف إجراءات التحكيم وذلك بتقرير بدائل للتعيين ضمانا لحسن سير العملية التحكيمية واحتراما لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الثاني:

استمرار الإجراءات التحكيمية

حرصت الاتفاقية على ضمان حسن سير الإجراءات التحكيمية وذلك عن طريق تقرير عدة مبادئ ووضع حد لمحاولة الأطراف التنصل من التزاماتها.

فصلت المحكمة التحكيمية المشكلة وفقا لنظام المركز في القضايا المعروضة عليها رغم محاولة الأطراف وقف الإجراءات وذلك سواء عن طريق عدم المشاركة في تعيين المحكمين أو بالامتناع عن حضور الجلسات، حيث تعتبر قضية شركة الخشب الشرقية الليبيرية LETCO وأحد فروعها مع حكومة ليبريا أحد تطبيقات نص المادة 45 من الاتفاقية.

1 - Article 4/2 de la convention européenne sur l'arbitrage commercial international.

تتلخص وقائع القضية أنّه بتاريخ 16يونيه 1983 تقدمت شركة LETCO وهي شركة أنشأت وفقا لقانون جمهورية ليبيريا باسمها وأيضا باسم فرعها LLIC بطلب إلى السكرتير العام للمركز الدولي CIRDI ضد حكومة ليبيريا، وذلك لجبر الضرر الناجم عن فسخ عقد الامتياز الموقع بين الطرفين في 12 ماي 1980، وإعمالا لنص المادة 9 من هذا الاتفاق التي تقضي بخضوع أي نزاع ينشأ عن هذا العقد لتحكيم المركز الدولي CIRDI .

تم تشكيل محكمة التحكيم وذلك بتعيين كل طرف للمحكم وتعيين الرئيس من قبل مجلس إدارة المركز.

امتنعت حكومة ليبريا عن حضور الجلسات التي حددتها المحكمة لسماع وجهات نظر الأطراف، كما أنّها امتنعت عن إرسال أي مذكرات تعبر عن وجهة نظرها، غير أنّ هذا لم يمنع المحكمة من الفصل في اختصاصها وإصدار حكم باختصاصها بنظر النزاع.

أثارت هذه القضية تفسير المادة 2/25 (ب) لكون الشركةLETCO تتمتع بالجنسية الليبيرية وقد حسمت فيها المحكمة بتقرير اختصاصها نظرا للإدارة الأجنبية(الفرنسية) لهذه الشركة[1].

عملا بنص المادة 45 من الاتفاقية والمادة42 من قواعد تحكيم المركز فقد وافقت المحكمة على منح الحكومة الليبيرية فترة لكي تتمكن من المشاركة في الإجراءات، إلاّ أنّ الحكومة ظلت ممتنعة عن الحضور.

أعلنت المحكمة عن عقدها جلسة في باريس في ديسمبر عام 1985 وتخلفت مرة أخرى عن الحضور، وذلك رغم مشاركتها في تعيين المحكمين، إلاّ أنّها امتنعت عن المشاركة في أي إجراء آخر رغم تعدد الخطابات الرسمية المرسلة إليها، مما جعل المحكمة تقتنع بعدم جدوى الاستمرار في التأجيل.

1- السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدول...، المرجع السابق، ص ص143، 146.

فصلت المحكمة في النزاع رغم غياب الحكومة إلاّ أنّها لم تسلم بأدلة وطلبات الشركة المدعية، بل قامت بفحصها قبل إصدار حكمها في النزاع[1].

يعد الحكم الصادر في القضية السابقة تطبيقا لنصوص الاتفاقية وتأكيدا لفاعلية وجدية التحكيم لدى المركز، كما أنّه تطبيق آخر للفقرة السادسة من ديباجة الاتفاقية وكذا نص المادة 1/25 التي قضت بعدم جواز سحب الموافقة على اختصاص المركز متى صدرت من الطرفين معا إلاّ بالاتفاق المشترك.

لم يقتصر تطبيق هذا المبدأ على تحكيم المركز الدوليCIRDI، بل طبق في قضايا أخرى أمام مراكز تحكيم أخرى منها قضية هضبة الأهرام حينما كانت معروضة على هيئة التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية، حيث لم يؤدي عدم قيام مصر باختيار المحكم إلى إيقاف الدعوى أو إعاقة إجراءات التحكيم، إذ تم الاختيار بواسطة محكمة تحكيم الغرفة بمعرفة اللجنة الوطنية(غرفة التجارة المصرية).

تم كذلك تطبيق هذا المبدأ في الدعوى التحكيمية رقم 95 لسنة 1995 أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمقامة من إتحاد الإذاعة والتلفزيون بجمهورية مصر العربية ضد شركة التلفزيون العربي الأمريكي، حيث قام مركز القاهرة بعد تسمية الجهة المدعية لمحكمها وإزاء امتناع المدعى عليه تسمية محكمه وعملا بالمادة السادسة من قواعد الأونسيترال المطبقة في المركز، بتسمية المحامي الأمريكي Charles Molineaux محكما عن الجهة المدعى عليها، وقد تم توافق المحكمان على اختيار الدكتور عبد الحميد الأحدب رئيسا للمحكمة التحكيمية[2].

يعد الحكم الصادر في قضية LETCO ضد ليبيريا علامة نجاح للاتفاقية، حيث أنّها قد وفقت إلى حد بعيد فيما يتعلق بهذه المسألة فإن كانت قد نصت على عدم جواز سحب

1- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص163.

2- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص413.

الموافقة بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف فإنّها بهذا تكون قد استكملت هذا المبدأ بالنص على عدم جواز إيقاف الإجراءات نتيجة لانسحاب أحد الأطراف ضمنيا عن طريق عدم الحضور والمشاركة في الجلسات، سواء كان ذلك محاولة للتراجع عن الموافقة أو لتعطيل الفصل في النزاع وصدور الحكم.

إنّ تقرير مبدأ مثل هذا من شأنه أن يبث الثقة في نفوس أطراف عقود الاستثمار بجدية وفعالية شرط التحكيم الذي يشير إلى اختصاص المركز، مما ينعكس إيجابيا على نمو وتزايد تدفق الاستثمارات الأجنبية بما يتفق مع هدف البنك الدولي للإنشاء والتعمير من إنشاء الاتفاقية[1].

إذا كانت الاتفاقية قد أقرت مبادئ عديدة قصد ضمان فعالية نظام التحكيم لدى المركز منها اشتراط اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى هذا الأخير، إلاّ أنّ هيئات تحكيم المركز قد اتجهت توجها آخر وذلك بتقرير اختصاصها حتى بغياب اتفاق الأطراف.

1- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، 166.

الفصل الثاني

التوجه الجديد نحو قبول التحكيم بدون اتفاق

يعتبر التحكيم نظاما استثنائيا ينشأ من اتفاق الأطراف على العهدة إلى شخص آخر أو هيئة مختصة بالفصل في النزاع القائم بينهم(شرط التحكيم) أو المحتمل نشوءه (مشارطة التحكيم).

يتميز نظام التحكيم بالطابع الإتفاقي ذلك راجع لطبيعة هذا النظام وسلبه حق التقاضي أمام اختصاص المحاكم الوطنية وهو الحق المكرس دستوريا، وعليه فقد اشترط لصحة هذا النظام أن تكون موافقة الأطراف على طرح النزاع على سلطة غير السلطة المختصة والتي هي من إنشائهم.

يعتبر المركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى من بين الهيئات التي أولت للطابع الإتفاقي اهتماما كبيرا، حيث جعلت من موافقة الأطراف على طرح النزاع أمام هيئة التحكيم للمركز الركيزة الأساسية لاختصاص المركز وذلك من خلال نص المادة 1/25، حيث يتسم التحكيم لدى هذا المركز بالطابع الإرادي كما أنّ الانضمام إلى المركز لا يفيد الموافقة على التحكيم لدى المركز.

التزم المركز الدولي CIRDI خلال العقدين الأولين من إنشاءه بالأساس الإتفاقي لعقد اختصاص المركز، إلاّ أنّه في السنوات الأخيرة اتجه إلى التوسع في تفسير نص المادة 1/25 حيث اكتفت هيئات المركز لتقرير اختصاصها في نظر القضايا المعروضة عليه على وجود نص تشريعي في قانون الدولة المضيفة تشير إلى التحكيم لدى المركز(مبحث أوّل) أو استنادا إلى اتفاقية استثمار ثنائية أو متعددة الأطراف(مبحث ثاني).

المبحث الأوّل:

التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار استنادا إلى تشريعات الاستثمار الداخلية

تعمد الدول خاصة النامية من أجل استقطاب الاستثمارات الأجنبية إلى سن تشريعات خاصة بالاستثمارات الأجنبية تمنح المستثمرين الأجانب امتيازات وضمانات عديدة.

يعد النص على تسوية المنازعات بطريق التحكيم الدولي أهم ضمانة تقدم للمستثمر الأجنبي وذلك نتيجة لنظرة المستثمر لقضاء الدولة، ولذلك تلجأ الدول إلى النص في تشريعاتها الخاصة بتطوير الاستثمار على منح المستثمر إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي خاصة تحكيم المركز الدولي(مطلب أوّل).

نتيجة لتزايد هذه النصوص وكذا إباحة التقرير المصاحب للاتفاقية لهذه الممارسة بدأ المركز بحكم باختصاصه مستندا على نصوص تشريعية في القوانين الداخلية، وهذا ما أثار جدلا فقهيا نظرا لغياب رابطة عقدية يوافق فيها الطرفان على اللجوء إلى تحكيم المركز وعليه فقد انقسم الفقه إلى مؤيد ومعارض لهذا التوجه(مطلب ثاني).

المطلب الأوّل:

تشريعات الاستثمار الداخلية و تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تسعى الدول إلى تنظيم جميع المجالات الداخلية الاجتماعية، السياسية وكذا الاقتصادية عن طريق سن مجموعة من القوانين تنظم مختلف الجوانب.

يعتبر المجال الاقتصادي من المجالات الحيوية الذي تسعى الدول جاهدة لتنظيمه خاصة ما يتعلق بالاستثمار نظرا للدور الهام الذي تلعبه في تنمية الاقتصاد.

تثير مسألة تسوية المنازعات الناتجة عن الاستثمار عدة إشكاليات خاصة على المستوى الدولي، لذا تقوم الدول بوضع مجموعة من النصوص تنظم عملية التسوية.

يعتبر التحكيم التجاري من أهم وسائل التسوية التي يكثر النص عليها في تشريعات الاستثمار خاصة تحكيم المركز الدولي(فرع الأوّل)، ما نتج عنه انعقاد اختصاص محاكم المركز استنادا إلى تشريعات الاستثمار الداخلية(فرع الثاني).

الفرع الأوّل:

تقرير التحكيم في التشريعات الداخلية للاستثمار

انتهجت معظم الدول خاصة النامية أسلوبا لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية من تكنولوجيات وخبرات واسعة، وذلك عن طريق منح المستثمرين الأجانب امتيازات عديدة.

تندرج الجزائر ضمن قائمة هذه الدول التي منحت امتيازات عديدة بغرض استقطاب الاستثمارات الأجنبية حيث قررت في المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم93-12[1]:

1- مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1414 الموافق لــ5 أكتوبر سنة 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 64 الصادرة في 10 أكتوبر 1993.

«يمكن أن تستفيد الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لاسيما من حيث حجم المشروع، ومميزات التكنولوجيا المستعملة وارتفاع نسبة اندماج الإنتاج الذي يجرى تطويره، وارتفاع الأرباح بالعملة الصعبة أو من حيث مردودية هذه الاستثمارات على المدى الطويل، من امتيازات إضافية طبقا للتشريع المعمول به».

منح المرسوم 93-12 المستثمرين الأجانب نفس المعاملة التي تحض بها الأشخاص المعنوية والطبيعية الجزائرية الوطنية من حيث الحقوق والالتزامات فيما يتصل بالاستثمار، أكثر من ذلك يمكن أن يستفيد الأجانب من نفس المعاملة مع الوطنيين إضافة إلى أحكام الاتفاقيات المبرمة بين الدولة الجزائرية والدول التي يكون هؤلاء الأشخاص من رعاياها فمثلا لو أقرّت الاتفاقيات الثنائية امتيازات أكثر فهذا يؤدي إلى استفادة المستثمرين الأجانب من معاملة أفضل من الوطنيين.

تمثل النصوص السابقة تطبيقا لمبدأ المعاملة الوطنية والتي يقصد بها أن يحض المستثمرين الأجانب بنفس الحماية التي يحض بها المواطنون، وذلك بقصد تشجيع الأجانب للمجيء للاستثمار في الدول خاصة النامية[1].

منح التشريح الجزائري امتيازات أخرى للمستثمرين الأجانب مثل شرط التجميد التشريعي، الذي يعني إبقاء قانون الإرادة على العقد بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع استبعاد مختلف المراجعات أو الاتفاقات والتعديلات التي تطرأ في المستقبل[2].

يهدف شرط التجميد إلى الحفاظ على التوازن في العلاقة العقدية، وذلك من خلال تجميد الإطار التشريعي والتنظيمي الذي سيتم فيه تنفيذ هذا العقد وليس تجميد محتوى

1- أوديع نادية، حماية الاستثمار الأجنبي في ضل القانون الإتفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004 ، ص26.

2- إقلولي محمد، "شرط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، 2006، ص69.

الاتفاق[1]، حيث يمنع عن الدولة المتعاقدة اتخاذ أي إجراء أو إصدار أي قانون أو لائحة من شأنها المساس بمصالح المستثمر الأجنبي، وبالتوازن العقدي في تاريخ لاحق على توقيع العقد[2].

أكّد التشريع الجزائري شرط التجميد التشريعي في المادة 15 الأمر 01-03[3] من قانون الاستثمار والتي تنص:

«لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلاّ إذا طلب المستثمر ذلك صراحة».

يمثل شرط التحكيم أهم ضمانة في نظر المستثمرين الأجانب، وذلك راجع إلى أهمية مسألة تسوية المنازعات، فالتسوية العادلة والمنصفة تمنح المستثمرين الأجانب الثقة والطمأنينة وتشجعهم على الإقبال على الاستثمار.

بغرض تشجيع الاستثمار الأجنبي، ضمنت معظم الدول تشريعاتها نصوصا لتسوية المنازعات التي يمكن أن تثور بين الدول المضيفة أو أحد هيئاتها مع المستثمرين الأجانب، حيث تلجأ الدول إلى اعتماد هذا الأسلوب لجلب الاستثمار الأجنبي عن طريق الإعلان مسبقا عن موافقتها على إخضاع النزاع للمركز الدولي.

انتهج المشرع الجزائري نفس النهج حيث تنص المادة 17 من الأمر رقم01-03:

«يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة، إلاّ في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة

1- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص124.

2- إقلولي محمد، "شرط الاستقرار التشريعي..."، المرجع السابق، ص97.

3- أمر رقم 01-03 مؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1422 الموافق لـــ20 غشت سنة 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر عدد47، الصادر في 22 أوت 2001.

والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص».

نص قانون المحروقات[1] في المادة 1/58 منه على طرق تسوية المنازعات حيث ينص:

«يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات(النفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، في حالة عدم التوصل إلى حل يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد».

أسند المشرع الجزائري تسوية المنازعات إلى الجهات القضائية المختصة(المادة 17 من الأمر 01-03)، إلاّ في حالة وجود اتفاق بين الأطراف سواء كانت اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، أو وفقا للشروط المتفق عليها في العقد، وبالرجوع إلى أغلب الاتفاقات الثنائية[2] فإنّ التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات يعد من بين أهم الخيارات المتاحة للمستثمر للمطالبة بحقوقه ضد الدولة الجزائرية لإخلالها بالتزاماتها سواء العقدية أو الاتفاقية.

يتضح مما سبق ذكره أنّ هذه النصوص و إن كانت نصوص تشريعية داخلية إلاّ أنّها تحمل في طياتها إحالة إلى تحكيم المركز الدولي CIRDI، وبالتالي القبول بتحكيم المركز حتى في التشريعات الداخلية، حيث أنّ المادة 17 خير مثال على ذلك وهي تفيد

1- قانون رقم 05-07، مؤرخ في19 ربيع الأول عام 1429 الموافق 28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50 الصادر في 19 جويلية 2005.

2- نذكر من بين هذه الاتفاقيات:

- اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي الاكسمبورغي والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات(المادة 09).

- اتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الايطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المادة 08 منه.

- اتفاقية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة دولة قطر، المادة 07 منه.

قبول التحكيم استنادا إلى اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف وهو ما يدعم اتجاه محاكم المركز.

لم تكن الجزائر الدولة الوحيدة التي سعت إلى جلب الاستثمارات الأجنبية باعتماد التحكيم أمام المركز الدولي كوسيلة من بين الوسائل المتاحة للمستثمر الأجنبي، حيث ضمنت العديد من الدول خاصة النامية تشريعاتها نصوصا مماثلة وذلك قصد منح المستثمرين أمانا قانونيا لحماية هؤلاء من الأحكام التي يمكن أن لا تنصفهم وتهدر بحقوقهم.

فقد تتضمن التشريعات الوطنية بنودا تشير بشكل صريح إلى أنّ النزاع ما بين الأطراف على تفسير أو تطبيق قانون الاستثمار ذات الصلة لابد وأن يخضع للتحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز، أو لقواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز إذا كان أحد الطرفين فقط دولة متعاقدة في المركز، فعلى سبيل المثال تنص المادة $8/_2$ من القانون الألباني الخاص بالاستثمار الأجنبي لسنة 1993 على ما يلي:

«قد يقدم المستثمر الأجنبي حيثيات النزاع ليتم تسويته، وهنا تقبل جمهورية ألبانيا تقديمها إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار».

كما يمكن أن تتضمن التشريعات الداخلية نصوصا تشير إلى اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار باعتبارها إحدى الوسائل المشروعة لتسوية المنازعات الاستثمارية، والبدائل المعروضة قد تشمل إجراءات صريحة متفق عليها بين الأطراف أو إجراءات نصت عليها معاهدة ثنائية أو اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية أو التحكيم الخاص، ومن بين أمثلة ذلك نص المادة 30 من قانون الاستثمار الأجنبي في كوت ديفوار لسنة 1988، ونص المادة 10 من قانون الاستثمار في جمهورية إفريقيا الوسطى لسنة 1984، وأيضا نص المادة $2/7_{(د)}$ من قانون الاستثمار الموريتاني لسنة 1989[1].

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص463.

يعد نص المادة 8 من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة1974 أبرز مثال على النصوص التشريعية التي تحيل إلى تحكيم المركز الدولي، حيث استند إليها المستثمرين الأجانب لمقاضاة جمهورية مصر العربية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بحكم أنّها تتضمن إحالة إلى تحكيم المركز، في حين أن التحكيم أمام المركز كان من بين الوسائل المتاحة للمستثمر لتسوية المنازعات التي يمكن أن تثور بينه وبين الدولة المضيفة.

يمكن أن تكون نصوص التشريعات ليست واضحة، لكن يمكن الاستدلال بها على قبول الدولة لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كأن يتضمن النص على أنّ المستثمر الأجنبي من حقه أن يطلب عرض النزاع على عدد من الجهات من بينها تحكيم المركز، مثل نص المادة 1/45 من قانون الاستثمار الكاميروني لسنة 1990، أو أنّ من حق أي طرف من الأطراف تحويل النزاع إلى واحد من إحدى المؤسسات التحكيمية من بينها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مثل نص المادة 2/27 من قانون الاستثمار الكزخستاني لسنة 1990، أو أنّ النزاع سوف يتم تسويته بواحدة من هذه الطرق مثل نص المادة 19 من قانون الاستثمار الصومالي لسنة 1987[1].

يعد النص على التحكيم أمام المركز الدولي CIRDI في متن التشريعات الداخلية أو اتفاقات الاستثمار بمثابة تعهد الدولة للجوء إلى تحكيم هذا المركز، وبذلك قبل وجود أي علاقة مع الطرف الثاني، وهذا التعهد مرتبط بالتعهدات الدولية المعلن عنها في الاتفاقيات وليس تلك المتفق عليها مع المستثمر الأجنبي[2].

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 462و463.

2 -PRUJINER Alain, "L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?", Revue de l'arbitrage, N^{O} 01, 2005, p63.

أثارت هذه الإجراءات العديد من المشاكل حول تحديد قيمة الإحالة إلى تحكيم المركز في التشريع الداخلي، فهل هو رضاء سابق للجوء إلى التحكيم أمام المركز أو هو مجرد عرض بسيط للجوء إلى المركز عند نشوء النزاع؟.

لم يكن التنصيص على التحكيم في التشريعات الداخلية للدول المضيفة إلاّ لغرض استقطاب الاستثمارات الأجنبية وذلك عن طريق منح المستثمرين الأجانب أمانا قانونيا وضمانات أكثر لبعث الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين.

غير أنّه يتعين على الدول عند صياغتها لمثل هذه النصوص أخذ الحيطة والحذر ذلك أنّ نصوص مماثلة يمكن أن تجر بالدولة المضيفة إلى مصاعب، فأغلبية الدول تقبل على صياغة مثل هذه النصوص وتقدم العروض في حالات صعبة(أزمة اقتصادية مثلا) مثل ما حدث في الأرجنتين إثر الأزمة التي ضربت البلاد في الثمانينات وموجة الإصلاحات التي قامت بها وذلك بإتباع أسلوب الخوصصة إضافة إلى العديد من الإصلاحات التشريعية لحماية الاستثمار بغرض جلب المستثمرين الأجانب.

نجحت الأرجنتين في جلب الاستثمارات لكن بعد عشرية من الزمن عادت الأزمة من جديد اثر ذلك تهاطلت طلبات التحكيم ضد الأرجنتين من طرف المستثمرين أمام المركز الدولي CIRDI.

تعتبر الأرجنتين نموذج عن الدول النامية التي تسعى إلى تطوير الاستثمار دون التفكير في العواقب[1]، فكثيرا ما تمسك المستثمر الأجنبي بنص تشريع داخلي لإثارة مسؤولية الدولة ومقاضاتها أمام المركز الدولي، حيث تعتبر قضية SPP ضد مصر أبرز مثال على ذلك.

1- SADDOUGUI Mohammed, EL WALI Mohamed, TIJDANI Tarik, "L'argentine en crise devant le CIRDI" , p 01- 02, sur site: http:www.acdc-ma.org/acdc-fr/pdf-docs/ l'argentine-en- crise.pdf.

شجّع المركز الدولي على اعتماد هذه النصوص في التشريعات الداخلية حيث أعد لذلك شرطا نموذجيا يمكن إدراجه في وثيقة مستقلة يقوم المستثمر بإيداعها لدى المصالح المحددة ويتحقق به القبول على اختصاص المركز، ونص الشرط النموذجي كما يلي:

«تطبيقا لأحكام (القانون أو المرسوم) فإنّ(إ سم المستثمر) يرتضي الخضوع لمركز تسوية منازعات الاستثمار بهدف تسوية المنازعات القانونية الناشئة بمناسبة كل استثمار يتم طبقا(الإشارة إلى عقد الاستثمار أو المرسوم المصادق عليه)»[1].

مع تزايد عدد النصوص التشريعية المحيلة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بدأ المركز يحكم باختصاصه استنادا إلى تلك النصوص

الفرع الثاني:

اختصاص المركز استنادا إلى تشريعات الاستثمار الداخلية

تعتبر قضية Southern pacific propreties(spp) ضد مصر أوّل قضية أثيرت فيها مسألة اختصاص المركز استنادا إلى تشريع داخلي، حيث قبل المركز للأوّل مرة أن يقوم شخص خاص بإقامة دعوى تحكيمية ضد دولة استنادا إلى تشريع وطني لهذه الدولة تحيل إلى التحكيم لدى المركز الدولي CIRDI[2].

وتتمثل وقائع هذه القضية في اتفاق استثمار أبرم بين شركة(spp) وهي شركة تتبع بجنسيتها (هونج كونج) وبين الحكومة المصرية وهيئة السياحة المصرية Egyption tourism organisation(EGOTH) في 14 أفريل 1988, بهدف إنشاء مجمعات سياحية في منطقة أهرامات الجيزة، وطبقا لبنود هذا الاتفاق تعهدت الحكومة المصرية بتوفير

1- قبايلي طيب، "التراضي على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، من الاتفاق الثنائي إلى اللجوء الانفرادي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص96.

2-BEN HAMIDA Walid," Arbitrage Etat investisseur face a un désordre procédurale: La concurrence des procédures et les conflits de juridictions", Annuaire français de droit international, Paris, 2005, p566.

الأرض اللازمة لإقامة المشروع، ولقد جاء في مقدمة الاتفاق أنّه صدر وفقا لقوانين الاستثمار المصرية ومن بينها قانون الاستثمار رقم(43) لسنة 1974.

تمّ إبرام اتفاق تكميلي بين الشركة المذكورة وهيئة السياحة المصرية يتولى القيام بتنفيذ المشروع، ونص فيه على تسوية المنازعات بين الطرفين أمام غرفة التجارة الدولية بباريس، كما نص على خضوع الاتفاق التكميلي للقوانين المصرية بما فيها قانون الاستثمار رقم 43 سنة 1974.

بدأت الأعمال الإنشائية للمشروع في يوليو 1977، ثم بعد فترة وجيزة تعالت الأصوات على الصعيدين المحلي والعالمي بالهجوم على المشروع كونه يمثل تهديدا حقيقيا لموقع حضاري وثقافي وتاريخي، وعلى إثر ذلك سحبت الحكومة المصرية موافقتها على المشروع[1].

أقامت الشركة إجراءات تحكيم ضد الحكومة المصرية والهيئة المصرية للسياحة أمام غرفة التجارة الدولية بباريس والتي أصدرت حكمها ضد الحكومة المصرية وألزمتها بدفع تعويض للشركة، في حين أعفيت الهيئة المصرية للسياحة من أية مسؤولية، ذلك أنّ عدم تنفيذها لالتزاماتها راجع لظروف القوة القاهرة.

تقدمت الحكومة المصرية بطلب أمام القضاء الفرنسي(محكمة استئناف باريس) من أجل إلغاء الحكم الصادر ضدها من غرفة التجارة الدولية، وبالفعل تم إبطال الحكم نهائيا في 16 فبراير 1983.

طعنت الشركة بالنقض ضد حكم محكمة استئناف باريس أمام محكمة النقض من أجل إعادة النظر في الحكم.

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص345.

بادرت شركة SPP بإقامة دعويين أخريين لإنفاذ حكم التحكيم الصادر عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية أمام المحاكم الهولندية والمحاكم الانجليزية، كما تقدمت بطلب إجراء التحكيم أمام المركز الدولي CIRDI استنادا إلى نص المادة 8 من قانون الاستثمار والتي تنص على:

«تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر، أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 في الأحوال التي تسرى فيها»[1].

تشكلت على إثر ذلك هيئة تحكيمية من روبر بينروسكي(Robert benrowski) محكما معينا من قبل الشركة المدعية ومحمد أمين المهدي معينا من قبل الحكومة المصرية وأدوارد جيمنزدو أرشقا(Edouardo Jiménez de Arechaga) محكما معينا باتفاق الأطراف.

فصلت المحكمة في اختصاصها وأصدرت حكمين وذلك في 27 نوفمبر 1985 وآخر في 14 أفريل 1988، حيث أصدر الحكم الأوّل بالإجماع في حين أصدر الحكم الثاني بالأغلبية مع وجود رأي مخالف للمحكم المعين من قبل مصر[2].

اعترضت الحكومة المصرية على اختصاص المركز وذلك بالدفع بأنّ انعقاد الاختصاص للمركز الدولي CIRDI يقتضي اتفاق الأطراف على الخضوع للمركز، وأنّ رضاء الأطراف في الخضوع للتحكيم لدى المركز يعد مانعا لهما من اللجوء إلى أي قضاء آخر وهذا حسب نص المادة 26، وكما كان من الثابت من الأحداث أنّ الشركة

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص464.

2- GAILLARD Emmanuel , "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI Chronique des sentences arbitrales", JDI , N°1 , 1994, p218.

المدعية قامت بالالتجاء إلى محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنّ مسلك الشركة يقطع بعدم توافر الرضاء الذي يتطلب من انعقاد الاختصاص للمركز، على نحو ما تقتضيه المادة 25 من الاتفاقية[1].

رفضت محكمة التحكيم الأخذ بهذا الدفع، ذلك أنّ المادة 26 من الاتفاقية لا يفاد منها أنّ رضاء الأطراف بالخضوع لاختصاص المركز يعد رضاء معيبا إذا لم يقم الأطراف باستبعاد كل طريق آخر للمطالبة، بل أنّ نص المادة 26 يفيد أنّ الرضاء باختصاص المركز يفسر على أنّه مانع لأي طريق آخر للمطالبة، إلاّ إذا كان هناك اتفاق مخالف وأنّ التخلي عن الطرق الأخرى للمطالبة لا يمس باختصاص المركز[2].

هذا التفسير الذي توصلت إليه المحكمة يدعمه ما هو ثابت بالأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن، فجميع التعليقات الخاصة بالمادة 26 تفيد أنّ الطرف الذي يقبل اختصاص المركز له الحق في الاحتفاظ باللجوء إلى الوسائل الأخرى للرجوع للمطالبة بحقه، وعليه فإنّ نص المادة 26 لا يجعل الطلب غير مقبول في قضية الحال[3].

كما دفعت الحكومة المصرية، بأنّ على الرغم من أنّ المادة 8 من قانون الاستثمار تعتبر بمثابة رضاء بالمثول أمام المركز من جانب الحكومة المصرية، إلاّ أنّ هذا النص يشير فقط إلى إمكانية تقديم النزاع وفقا لإحكام الاتفاقية كأحد الوسائل المتعددة المذكورة في نص القانون، وأنّ اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع كان يتطلب خطوة إضافية أخرى، وهي الاتفاق عليه بين الطرفين.

رفضت الحكومة اختصاص المحكمة التحكيمية للمركز الدولي CIRDI مبرزة أنّ نص المادة(8) من قانون الاستثمار لا يكفي لتكوين الرضا بالتحكيم أمام المركز، ذلك لأنّ

1- السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول...، المرجع السابق، ص266.

2 - GAILLARD Emmanuel, Centre international …,JDI, N° 01, 1994, op.cit, p219.

3 - Ibid.

نص المادة المذكورة كان يقرر بأنّه يمكن تسوية المنازعات في إطار الاتفاقية، وهذه العبارة تشير إلى كل من التحكيم والتوفيق وهما الوسيلتان التي أشارت إليهما الاتفاقية، بالتالي فإنّ مقتضى حجة الحكومة هو أنّه على صحة الافتراض الجدلي بالقول بأنّ اللجوء إلى المركز ملزم لها وفقا لنص المادة 08، إلاّ أنّ هذا لا يكفي للتقدم إلى التحكيم، إذ أنّ هناك طريقتين لتسوية المنازعات وفقا للاتفاقية، وهي التوفيق والتحكيم، واختيار طريق دون الآخر يتطلب الاتفاق المسبق بين الطرفين، ومن ثم فلا يمكن القول بأنّ الحكومة المصرية قد أعلنت رضائها بالتحكيم لمجرد نص مماثل في قانونها.

رفضت المحكمة حجة الحكومة المصرية، على أساس أنّ غياب اتفاق بين الأطراف على الاختيار بين التحكيم أو التوفيق لا يحول دون انعقاد اختصاص المركز، إذ أنّ اختيار أحد هاذين الطريقين يكون متروكا للطرف الذي يقيم الإجراءات، ولما كانت شركة (spp) هي التي أقامت الإجراءات فيكون اختيارها للتحكيم صحيحا وفقا لأحكام الاتفاقية[1].

أضافت الحكومة المصرية كذلك، بأنّ هذا القانون(قانون الاستثمار) لا محل لأعماله على واقعة الحال، من اللحظة التي قامت فيها مصر بسحب الترخيص من المشروع، إذ يعد ذلك الترخيص شرطا ضروريا من أجل تطبيق القانون 43 المذكور.

ردّا على ذلك ودون إثارة مسألة استقلالية شرط التحكيم فقد لاحظت المحكمة التحكيمية أنّ الحكومة المصرية لم تقم بإلغاء هذا القانون قبل تقدم الشركات المدعية بطلبها إلى المركز كما أنّها لم تقم بإلغائه إلى ذلك التاريخ، ولما كان القانون 43 بمثابة إيجاب صادر من الحكومة المصرية بقبول اختصاص المركز قبل إبطال مشروع هضبة الأهرام، فإنّ سحب الموافقة على المشروع لا ينفي وجود استثمار أنشئ تطبيقا لهذا

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 346و347.

القانون، وعليه انتهت المحكمة إلى أنّ القانون رقم 43 هو الواجب التطبيق على المنازعة لتعلقها بالاستثمار المنصوص عليه في القانون المذكور[1].

أبرزت الحكومة المصرية دفعا آخر، فمن وجهة نظرها أنّ المادة 08 لا تقطع لوحدها بقبول اختصاص المركز، والذي لا يمكن أن يتحقق إلاّ بناء على اتفاق محدد، فهذا القانون غامض وغير صريح فيما يتعلق بقبول التحكيم بموجب اتفاقية المركز، والهدف من المادة هو فقط التنويه إلى أنّ تحكيم المركز يعتبر واحدا من عدة طرق أخرى يمكن الاحتكام إليها بعد الاتفاق مع الحكومة المصرية[2].

أكّدت الحكومة المصرية أنّ نص المادة 08 يتضمن قائمة من البدائل الممكنة لفض المنازعات مع المستثمرين الأجانب ولا يوجد ما يجبر الحكومة على التقدم لوسيلة دون الأخرى، ومن ثم فلا يوجد ما يلزم مصر على تقديم المنازعة إلى المركز دون غيرها من البدائل المنصوص عليها في المادة المذكورة[3].

ردّت المحكمة على هذا الدفع، لكن بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية، والتي قضت برفض الطعن بالنقض ضد الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس والذي يقضي بإلغاء حكم محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية وذلك في 16 يناير 1986[4]، إذ قضت المحكمة برفض فكرة أنّ المادة 08 لا تعني شيئا سوى التلميح إلى رغبة مصر المبدئية في التفاوض على اتفاق قبول، إذ لا يوجد في التشريع ما يلزم وجود مظهر أو شكل إضافي للقبول بتحكيم المركز، وأعلنت أنّه:

1- السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول ...، المرجع السابق، ص268.

2- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص464.

3- إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار «التجربة الجزائرية نموذجا»، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص216.

4- السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول...، المرجع السابق، ص271.

«على أساس الاعتبارات السابقة، فإنّ الهيئة ترى أنّ المادة 08 من القانون رقم 43 تضع عدد من الإجراءات الملزمة لفض النزاع، وتمثل قبولا كتابيا صريحا بتحكيم المركز، وذلك حسبما ورد في اتفاقية واشنطن فيما يتعلق بتلك الحالات التي لم يتم الاتفاق فيها على طريقة محددة لتسوية النزاع أو التي لا يوجد بشأنها معاهدة ثنائية ملزمة».

أكدّت المحكمة أنّ نص المادة 08 يتضمن علاقة تدرجية بين وسائل تسوية المنازعات المذكورة ونظرا لأنّ الطرفين المتنازعين لم يتفقا على وسيلة محددة لفض المنازعات، كما انه لم تبرم بينهما أيّة اتفاقيات ثنائية، فإنّ هيئة التحكيم ترى:**«أنّ المادة 08 من القانون رقم 43 كافية لإثبات مشروعية الإحالة إلى المركز لتسوية النزاع»**[1].

وبناء عليه فقد قضت المحكمة وأصدرت حكما في مسألة اختصاصها بأغلبية الآراء مع وجود رأي مخالف للمحكم "محمد أمين المهدي" وهو المحكم المعين من قبل مصر[2].

أثار حكم محكمة التحكيم في قضية SSP ضد مصر جدلا كبيرا، حيث انتقد القرار خاصة من جانب الحكومة المصرية والتي ترى أنّ اللجوء إلى محكمة المركز لابد أن يوافق عليه الطرفان صراحة وفقا للمادة 1/25 من الاتفاقية، هذا ما دفع بالحكومة المصرية إلى تعديل المادة 08 لتؤكد أنّ الرضاء الخاص للدولة سيشكل شرطا أوّليا لكل إجراء تحكيمي من بينها تحكيم المركز الدولي[3].

فتحت هيئة التحكيم التي أعلنت أنّها مختصة للفصل في قضية SPP ضد حكومة مصر على أساس تشريع الاستثمار المحلي لمصر الباب أمام توسع كبير في تحكيم المركز الدولي CIRDI لتغطية الحالات أو القضايا التي تخلو من اتفاق تحكيم بالمعنى

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص464.

2- السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول...، المرجع السابق، ص271.

3- PRUJINER Alain, op.cit, p71.

التقليدي، حيث يتعامل المستثمر الأجنبي مع النص التشريعي على أنّه إيجاب مفتوح من الدولة يقبله بمجرد إيداعه طلب التحكيم أمام المركز[1].

لم تكن قضية spp ضد مصر الوحيدة التي حكمت فيها المحكمة باختصاصها دون وجود اتفاق تحكيمي يحيل الطرفان إلى المركز، حيث حكم المركز باختصاصه في ما يقارب عشرة قضايا وذلك استنادا إلى تشريع داخلي متعلق بالاستثمار، فإضافة إلى مصر هناك كل من تونس، ألبانيا، جورجيا، الكاميرون، كازاخستان وأخيرا جمهورية كيرغيز (kirghiz)[2].

تعد قضية Manufactures Hanover trust company ضد الحكومة المصرية مثالا آخر لقبول المركز الحكم في قضية بناءا على تشريع داخلي، حيث أصرّت الشركة الأجنبية المدعية على اختصاص المركز وتمسكت بنص المادة 08 والذي في نظرها يتضمن إيجابا ملزما صادرا عن الحكومة المصرية ويتحقق الرضاء وحده دون حاجة إلى اتفاق لاحق على الخضوع لتحكيم المركز، وذلك بمجرد قبول المستثمر للتحكيم، وهو الرأي الذي انتهت إليه هيئة التحكيم في هذه القضية[3].

في حين دفعت الحكومة المصرية بأنّ نص المادة 08 من القانون 43 لسنة 1974 لا يتضمن سوى مجرد دعوة إلى التحكيم لا يتحقق بها الرضاء المتطلب في المادة 25 من الاتفاقية من أجل انعقاد اختصاص المركز.

أصبح قبول التحكيم أمام المركز الدولي CIRDI استنادا إلى تشريع داخلي عرف معمول به أمام المركز، حيث تكرّر الفصل في منازعات أخرى بناء على تشريعات داخلية للدول المضيفة تتضمن إحالة إلى تحكيم المركز الدولي CIRDI والذي كيّف بأنّه إيجاب ملزم للدولة.

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص465.

2 -BEN HAMIDA Walid, op.cit, p565.

3- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص465.

تكرّر الفصل مرة أخرى في قضية TRADEX ضد ألبانيا استنادا إلى التشريع الداخلي لألبانيا، ونتيجة لغياب اتفاق تحكيمي بالمفهوم التقليدي استندت الشركة المدعية على موافقة الدولة المعبر عنها في مجموعة من القوانين المتعلقة بحماية الاستثمارات المنجزة في ألبانيا خاصة القانون رقم 7764 الصادر في 2 نوفمبر 1993(المادة 08 منه) المتعلق بحماية الاستثمارات الأجنبية وكذا الاتفاقية الثنائية لحماية الاستثمار المبرمة بين اليونان وألبانيا في 1991(المادة 10)، غير أنّ المحكمة رفضت هذا الأساس بحجة أنّ الاتفاقية لم تدخل حيز النفاذ.

تضمنت المادة 8 من القانون المذكور موافقة الدولة على إخضاع المستثمر للمنازعة على المركز الدولي إذ جاء في الفقرة الثانية منها:

«... يمكن للمستثمر الأجنبي أن يخضع المنازعة بموافقة جمهورية ألبانيا للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار...»[1].

حيث كان القانون الألباني يتضمن عرضا بقبول تحكيم المركز، فقد رأت هيئة التحكيم ما يلي«**...يمكن الآن الإقرار ودون مزيد من الحجج، بأنّ مثل هذا القبول الأحادي من قبل الدولة المتعاقدة في قوانينها الوطنية يمكن أيضا استغلاله، حيث يصبح القبول فاعلا وساريا حينما يرفع المستثمر الأجنبي دعوى أمام المركز مستفيدا من القانون الوطني ذو الصلة»**[2].

يعتبر التحكيم التجاري استنادا إلى تشريع داخلي للاستثمار أحد مظاهر تطور القانون الدولي للاستثمار ، إلاّ أنّه نظرا لكون الرضائية أحد أهم مظاهر التحكيم التجاري فإنّ تبني هذا التوجه يظهر وكأنّه خرق لمبادئ التحكيم التجاري الدولي خاصة تحكيم المركز الدولي الذي يشترط الموافقة الكتابية للأطراف على عرض النزاع على التحكيم.

1- GAILLARD Emmanuel, "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI, Chronique des sentences arbitrales", JDI,N° 01, 2000, pp152, 154.

2- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص465.

المطلب الثاني:

تقدير موقف المحاكم التحكيمية من تقرير اختصاصها استنادا إلى تشريعات الاستثمار الداخلية

أثارت مسألة اختصاص المحاكم التحكيمية للمركز الدولي CIRDI استنادا إلى تشريع داخلي للدولة المضيفة جدلا كبيرا في الفقه، بين معارض ومؤيد، حيث أيّد البعض هذا التوجه متجاهلين به نية الدولة في سنها لمثل هذه النصوص والهدف من وراء ذلك (فرع أوّل)، في حين ذهب اتجاه آخر إلى القول بعكس ذلك مشترطين التعبير الصريح عن رضاء الدولة باللجوء إلى هذا المركز(فرع ثاني).

الفرع الأوّل:

الاتجاه المؤيّد للتحكيم استنادا إلى تشريعات الاستثمار

بهدف استقطاب الاستثمارات الأجنبية تعمد الدول إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات التشريعية كضمانات للمستثمرين الأجانب وأهم هذه الضمانات نجد النص على الإحالة إلى التحكيم(خاصة التحكيم أمام المركز الدولي) في لب تشريعاتها الموجهة لترقية الاستثمار.

انطلاقا من الطبيعة التعاقدية للتحكيم فإنّ اللجوء إلى التحكيم يتطلب اتفاق الأطراف على اتخاذ هذه الآلية كوسيلة لتسوية المنازعات وذلك من خلال إدراج بند تحكيمي في متن العقد يحيل إلى التحكيم، لكن أحيانا قد يبرم عقد الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي لكن دون الإشارة إلى وسيلة تسوية النزاع في حالة نشوءه، هذا ما يثير تساؤلا عن كيفية حماية هذا المستثمر، فهل يمكن تكييف النص الوارد في التشريع الخاص بترقية الاستثمار بمثابة إيجاب سابق من الدولة على الإحالة إلى التحكيم في حالة نشوء النزاع ؟.

كيّف بعض الفقه وفي مقدمتهم KOVAR وDELAUME هذا الفعل بمثابة إيجاب صادر من الدولة، حيث أنّ لجوء الدولة المضيفة للاستثمار إلى تحكيم المركز الدولي CIRDI، والإعلان في صلب تشريعاتها الداخلية يمكن اعتباره كعرض تترتب عنه كل الآثار القانونية اللصيقة به، بشرط أن يقبله المستثمر وهذا القبول يمكن أن يكون إبان إبرام عقد الاستثمار أو بعده[1].

ما يؤيد هذا الاتجاه عمومية نص المادة 1/25 والتي لم تحدد شكلا معينا لهذه الموافقة، حيث أصبح بإمكان المستثمر الأجنبي استنادا إلى تشريع داخلي للدولة المضيفة أن يطلب من الدولة المضيفة للاستثمار إصلاح وتعويض الأضرار التي مست بمصالحه وذلك في حالة عدم كفاية أو فعالية الإجراءات المتخذة من طرف الدولة المضيفة من أجل حماية استثماره نتيجة لإخلالها بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ومعاملة ذلك المستثمر معاملة تمييزية.[2]

كما يؤيّد هذا الاتجاه بما جاء في الفقرة 24 من تقرير مديري البنك الدولي للإنشاء والتعمير على اتفاقية تسوية المنازعات، على أنّ الاتفاقية لا تشترط أن يكون التعبير عن الرضاء بالتحكيم في وثيقة واحدة إنّما يمكن للدولة أن تعلن في إطار تشريع متعلق بترقية الاستثمار إمكانية إخضاع المنازعات المتعلقة ببعض الأنواع من الاستثمارات إلى اختصاص المركز، كما يمكن للمستثمر أن يعبر عن رضائه بهذا العرض من خلال قبوله به كتابيا[3].

1- طالبي حسن، المرجع السابق، ص341.

2- GAILLARD Emmanuel," L'arbitrage sur le fondement des traites de protection des investissement", Revue de l'arbitrage, N° 3, 2003, p854.

3 -Paragraphe 24 du rapport des administrateurs: «…La convention n'exige pas que le consentement des deux parties soit exprime dans le même acte juridique, c'est ainsi qu'un Etat hôte pourrait offrir dans le cadre d'une législation destinée a promouvoir les investissements de soumettre a la compétence du centre les différends résultant de certaines catégorie d'investissements tan disque l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit», rapport des administrateurs, op.cit.

إنّ قبول محاكم المركز لاختصاصها دون وجود اتفاق تحكيمي بالمفهوم التقليدي لكن استنادا إلى تشريع داخلي للاستثمار لا يتعارض مع أحكام الاتفاقية، ذلك أنّ نص المادة 1/25 جاء عاما دون تحديد شكل هذه الموافقة بل اكتفى لتحققها تلاقي إيجاب وقبول، هذا ما فتح الباب أمام اجتهاد غير موحد من طرف المحكمين، إضافة إلى أنّ تقرير مديري البنك الدولي المصاحب لهذه الاتفاقية جاء صريحا في الفقرة 24 والتي أجازت إعلان قبول التحكيم استنادا إلى تشريع خاص بالاستثمار على أن يكتمل هذا القبول بموافقة المستثمر كتابة على هذا العرض.

إنّ الصيغة العمومية لنص المادة1/25 بشأن شكل الموافقة وعدم تحديد شكل معين لهذه الموافقة يدفع إلى القول أنّ واضعو الاتفاقية قد قصدوا من وراء ذلك هذا الشكل من القبول المنفرد والتأكيد على ما جاء في التقرير المصاحب للاتفاقية، وبذلك التوسيع من اختصاص المركز.

إنّ عدم اشتراط شكل الموافقة المكتوبة يجعل من الممكن أن تكون في صورة نص في عقد الاستثمار أو في صورة اتفاق في العقد أو بعد العقد مشارطة التحكيم وقد يكون ذلك عبر نص في قانون الاستثمار، بحيث تلتزم الدولة بعرض المنازعة على المركز[1].

إنّ رفض الدول لهذا النوع الجديد من القبول رفض لا مبرر له، فبمجرد الانضمام والمصادقة على الاتفاقية يعني القبول باستخدام خدمات المركز، كما أنّ الانضمام إلى اتفاقية معينة يستوجب العلم بكل جزئيات تلك الاتفاقية.

كان انضمام الدول خاصة النامية إلى الاتفاقية نتيجة ضغوط البنك الدولي وهذا قصد الاستفادة من التمويلات التي يقدمها البنك من أجل تشجيع تدفق الاستثمارات إلى هذه الدول، كما أنّ تضمين الدول في تشريعاتها المخصصة لترقية الاستثمار نصوصا تحيل

1- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هومه، الجزائر، 2004،ص329.

إلى تحكيم المركز الدولي كان من باب تطمين وتشجيع المستثمرين على الإقبال، كما أنّ إقبالهم على الاستثمار كان نتيجة لمجموعة الضمانات والامتيازات المتضمنة في هذه القوانين ومنها اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي وهو التحكيم المفضل من قبل المستثمر فكيف للدول إذن أن تتراجع عن تعهداتها لمجرد نشوء المنازعة وترفض الخضوع للتحكيم بحجة عدم الاتفاق بين الأطراف، وهذا يفسر بسوء نية الدول اتجاه المستثمرين.

طرحت إمكانية التزام الدولة الموجب في التحكيم للنقاش في المؤتمر الدبلوماسي وقد تقبل البعض فكرة ارتباط الدولة بصفة منفردة قبل نشوء أي نزاع متعلق بالاستثمار هذا بعد ما رفضت الفكرة قبل هذا حيث كانت الالتزامات التعاقدية هي التي تؤخذ بعين الاعتبار[1].

الفرع الثاني:

الاتجاه الرافض للتحكيم استنادا إلى تشريعات الاستثمار

إن كان الموقف المؤيد للتحكيم استنادا إلى تشريع داخلي مؤسس إلاّ أنّه تعرض للنقد حيث أنّ الجانب الآخر من الفقه والذي يعارض فكرة تأسيس الاختصاص على تشريع داخلي تبنى تفسير ضيق للمادة 1/25، فهو ينفي أي أثر قانوني للقبول الأحادي للدولة المضيفة للتحكيم لدى المركز الدولي CIRDI لسبب وحيد هو ما جاء على سبيل الحصر في صلب المادة 1/25 التي تنص على أنّ القبول باختصاص المركز الدولي CIRDI يجب أن يكون في شكل كتابي، ومعنى ذلك أنّ القبول بهذا التحكيم يجب أن يكون مباشرا وأكيدا، لأنّ مثل هذا القبول لا يمكن أن يتحول إلى قرينة بمجرد أنّ الدولة المضيفة قد نصت على التحكيم في تشريعها الداخلي[2].

1 - PRUJINER Alain ,op.cit, p69.

2- طالبي حسن، المرجع السابق، ص341.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ القبول بالتحكيم حق من حقوق السيادة الذي تملكه الدولة بدون منازع، وهو يضلّ أيضا من مبادئ القانون الدولي العام الذي كرسته محكمة العدل الدولية منذ 1929، حيث قررت أنّ الحد من الحقوق اللصيقة بسيادة الدولة لا يمكن افتراضه.

يعتبر رضاء الدولة بالتحكيم تخل من جانبها على أن يفصل في النزاع من قبل محاكمها، إلاّ أنّ التخلي عن هذه الحصانة القضائية يجب أن يكون واضحا ولا لبس فيه وعليه فإنّ المادة 25 فقرة1و4 جاءت لتأكد على الصفة الصريحة للرضاء[1]، وبالتالي فإنّ الرضاء يجب أن يكون صريحا ومكتوبا.

يتمثل هدف ونية الدول من وراء تبنيها لمثل هذه النصوص، في استقطاب وجلب المزيد من المستثمرين، وعليه فإنّ هذه النصوص تشكل دعوة من هذه الدول للمستثمرين الأجانب للإقبال على الاستثمار في هذه الدول، وبالتالي فلا يمكن تكييف هذه النصوص عرضا للتحكيم إنّما مجرد دعوة إلى التعاقد، والدعوة إلى التعاقد مرحلة من مراحل التعاقد لا ترتب في الأصل أثرا قانونيا[2].

يعتبر التحكيم من التصرفات الخطيرة ذلك أنّه يسلب حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء العادي وهو الحق المكفول دستوريا، وعليه فإنّ قبول التحكيم دون اتفاق لكن استنادا إلى تشريع داخلي لتطوير الاستثمار فيه مساس بحق الأفراد.

يرى جانب من الفقه أنّ إعلان الدولة عن نيتها في إخضاع المنازعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر في قانون لتطوير الاستثمار ليس كافيا لتأهيل وتخويل المحكمة التحكيمية إلاّ بناءا على اتفاق تحكيمي متضمن في اتفاق الاستثمار، فهذا النوع من التحكيم (التحكيم استنادا على تشريع داخلي) والمعروف بالتحكيم دون اتفاق لا يمكن تكييفه إلاّ

1- طالبي حسن، المرجع السابق، ص 341و342.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 67،68.

تحكيما إجباريا[1]، وهذا ما يتعارض مع الطبيعة القانونية للتحكيم والتي يراعى فيها الطابع الاختياري والإتفاقي في اللجوء إليه.

تتسم عقود الاستثمار أنّها نادرا ما تكون خالية من بند خاص بتسوية النزاع، ومثال ذلك النزاع بين SPP وجمهورية مصر(السابق الإشارة إليه) والتي نص الاتفاق المبرم بين الطرفين على بند يقضي بتسوية أي خلاف يثار بينهما أمام غرفة التجارة الدولية[2]، إلاّ أنّه بنشوء النزاع وعرضه على المركز الدولي CIRDI فصلت المحكمة التحكيمية بقرار يقضي بقبول اختصاصها استنادا إلى نص المادة 08 من قانون رقم 43 لعام 1974 متجاهلة بذلك اتفاق الطرفين.

يعد سلوك المحكمة في هذه القضية بقبولها الاختصاص استنادا إلى تشريع داخلي رغم وجود اتفاق بين الأطراف يحيل إلى التحكيم لدى جهة أخرى غير المركز، إخلال بمبدأ أساسي متعارف عليه في مجال العقود وهو "العقد شريعة المتعاقدين"، فيمكن تقبل الأمر في حالة غياب رابطة عقدية تحدد الجهة المختصة، حيث يمكن للأطراف الاتفاق حتى بعد نشوء النزاع (مشارطة التحكيم) على الجهة التي سيتم فصل النزاع أمامها.

يعتبر اللجوء إلى التحكيم حق لكل طرف في النزاع، إلاّ أنّ هذا الشكل الجديد للتحكيم والمعروف بالتحكيم الانفرادي استنادا إلى تشريع داخلي يجعل حق المبادرة(عرض) اللجوء إلى التحكيم حكرا على الدولة المضيفة، في حين يرتبط حق القبول بالمستثمر، عكس التحكيم الانفرادي استنادا إلى اتفاقيات الاستثمار، الذي يحتكر فيه المستثمر الأجنبي حق اللجوء إلى التحكيم وطلبه أمام المركز الدولي CIRDI، في حين لم يعد للدولة حق في طلب التحكيم حتى مع ثبات مبادئ التحكيم التجاري والمتمثلة في الاتفاق وطواعية اللجوء إليه.

---

1 -LEBEN Charles, "La responsabilité international de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements", Annuaire français de droit international, 2004, p486.

2- حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص64.

يعتبر اتفاق التحكيم دستور العملية التحكيمية، وفي القضايا السابق الإشارة إليها نجد أنّ المركز قد قضى باختصاصه حتى بوجود اتفاق تحكيمي حيث فسر الاتفاق دون الأخذ بعين الاعتبار نية الطرفين، في حين يقع على المحكمين عند تفسير العقد الأخذ بعين الاعتبار نية المتعاقدين، فهل كان يقصدان اللجوء إلى تحكيم المركز أم لا ؟.[1]

يتعين على المحكمين عند تفسيرهم لمبدأ اللجوء إلى التحكيم مراعاة ما يريده الطرفان، وهذا ما أكّدت عليه هيئة التحكيم للمركز في قضية Amco-Asia ضد اندونيسيا عندما قرر المحكمون في هذه القضية وبصريح العبارة على أنّ:

«اتفاقية التحكيم وكأي اتفاقية أخرى لا يمكن أن تفسر بصفة ضيقة أو تحررية أو بصفة ليبرالية، وإنّما يجب أن تفسر بشكل يؤدي إلى احترام النية المشتركة للطرفين»[2].

يطرح نص المادة 17 من الأمر رقم 01-03 تساؤلا حول مدى اعتبار نص هذه المادة بمثابة قبول أحادي بالتحكيم من طرف الدولة من خلال تشريعها الداخلي.

تضع المادة 17 أمام المستثمر الأجنبي خيارين بالنسبة لطرق التسوية المتعلقة بالاستثمارات، حيث يتمثل الأوّل في اختيار المستثمر التحكيم في إطار ما يسمى بالاتفاقيات الثنائية للاستثمار والتي تكون الدولة قد أبرمتها مع دول أخرى، أما الخيار الثاني فيتعلق بالتحكيم في إطار الاتفاقيات المتعددة الأطراف ومن بينها طبعا اتفاقية واشنطن.

لا يمكن أن يكون نص المادة 17 ترجمة فعلية للالتزام الأحادي للدولة بالتحكيم في ضل اتفاقية واشنطن أو غيرها من الاتفاقيات المتعددة الأطراف ذلك أنّ المادة 17 لا تنص صراحة على تحكيم المركز الدولي CIRDI قطعا وحصرا وإنّما هي تعرض خيارا

1- BACHAND Fréderic, "Arbitrage commercial international", revue juridique, Thémis, sur site: http:www.edutions tgemis.com/up Loaded/revue/article/rjt vol 35 mum3/b, p791

2- طالبي حسن، المرجع السابق، ص342.

بين طريقتين للتسوية، أي أنّه في حال اختيار التحكيم، فإنّ ذلك لابد أن يتجسد عن طريق شرط تحكيمي صريح، كما أنّه لا يمكن التكلم عن التزام الدولة بلجوئها إلى التحكيم حتى وإن كان التحكيم المقصود هنا هو تحكيم المركز الدولي لأنّ اللجوء إلى هذا التحكيم يعد من بين الوسائل المتاحة للتسوية وليست الوحيدة.

إنّ الافتراض سلفا أنّ مجرد الإشارة إلى التحكيم في إطار الاتفاقيات المتعددة الأطراف معناه التزام من طرف واحد بالتحكيم، مخالف لما جاءت به المادة 1/25 من الاتفاقية والتي تشترط رضاء كتابي خاص يعبر عن التزام خاص من جانب الدولة، لا مجرد الإعلان عنه من خلال نصوص في قوانين متعلقة بتطوير الاستثمار[1].

إنّ تبني هذا التفسير لنص المادة 17 من قانون تطوير الاستثمار الجزائري يدفع إلى القول بأنّ هيئة التحكيم في قضية SPP ضد جمهورية مصر قد غالت في الحكم باختصاصها، ذلك أنّ التحكيم أمام المركز الدولي لم يكن إلاّ من بين الخيارات الممنوحة للمستثمر إلى جانب خيارات أخرى والمتمثلة في الاتفاق بين الأطراف أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر[2]، فحتى وإن عللت الهيئة حكمها بغياب اتفاقيات استثمار بين الدولتين إلاّ أنّه لا يمكن القول بصحة غياب اتفاق استثمار بين الأطراف، حيث أنّه كان ممكنا وذلك عن طريق إبرام اتفاق بعد نشوء النزاع وتحديد الجهة المختصة بتسوية النزاع، وعليه فكان يتعين على هيئة التحكيم أن تراعي في تفسيرها لنص المادة 08 وكذا العقد نية الأطراف.

يبقى الأساس التشريعي أساس استثنائي في مجال تحكيم الاستثمار، فحسب إحصاء في 2005 فإنّه لم يسجل إلاّ 7 قضايا على أساس تشريع داخلي أمام المركز الدولي منذ 1988، بحيث صدرت 4 قرارات ونشر واحد منها وهي المتعلقة Tradex Hellas ضد ألبانيا[3].

1- طالبي حسن، المرجع السابق، ص343.

2- راجع نص المادة 08 من القانون 43 السابق الإشارة إليها.

3- PRUJINER Alain, op.cit, p71.

المبحث الثاني:

التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أساس اتفاقيات الاستثمار

تعد اتفاقيات الاستثمار أهم وسيلة لتنظيم الاستثمار وتشجيعه حيث تسعى الدول إلى إبرام أكبر عدد ممكن من هذه الاتفاقيات خاصة مع الدول الكبرى قصد الاستفادة من تكنولوجياتها ورساميلها.

تتولى اتفاقيات الاستثمار تنظيم شامل لمواضيع الاستثمار وذلك بنصها على مجموعة من الضمانات مثل القدرة على تحويل رؤوس الأموال، الإعفاءات الضريبية، التعويض العادل والمنصف في حالة نزع الملكية وغيرها من الامتيازات.

يعد التنصيص على التحكيم التجاري الدولي من أهم هذه الامتيازات حيث تعمد الدول إلى تبنيها هذه الآلية لتسوية المنازعات قصد تجنيب المستثمر اللجوء إلى القضاء الداخلي للدولة.

نتيجة لتزايد هذه الاتفاقيات التي تحيل إلى التحكيم خاصة تحكيم المركز الدولي ظهر نوع جديد من التحكيم على أساس الاتفاقيات سواء الثنائية(مطلب أوّل) أو المتعددة الأطراف(مطلب ثاني)، رغم أنّه لم يلقى ترحيبا من الدول التي لازالت متمسكة بضرورة موافقتها الصريحة على اتخاذ التحكيم كآلية لتسوية النزاع.

المطلب الأوّل:

التحكيم على أساس اتفاقيات الاستثمار الثنائية

رغبة في تطوير وتشجيع الاستثمارات الأجنبية لجأت الدول إلى عقد الاتفاقيات الثنائية قصد تنظيم مجالات الاستثمار، حيث ترتبط الدول باتفاقيات ثنائية مع دول أخرى قصد تبادل الخبرات.

يعتبر موضوع تسوية المنازعات من المواضيع التي نالت اهتماما من طرف هذه الاتفاقيات حيث نجدها قد تضمنت نصوصا لتسوية المنازعات سواء بين الدول بعضها أو بين الدولة ورعايا الدولة الأخرى المتعاقد.

تعد الإحالة إلى تحكيم المركز الدولي ضمن الاتفاقيات الثنائية من الأمور الأكثر شيوعا(فرع أوّل) ونتيجة لذلك بدأت هيئات تحكيم المركز تقضي باختصاصها استنادا إلى هذه النصوص الاتفاقية(فرع ثاني).

الفرع الأوّل:

الإحالة إلى تحكيم المركز الدولي في الاتفاقيات الثنائية

تعرف اتفاقيات الاستثمار الثنائية على أنّها اتفاق ثنائي بين دول ذات سيادة، غالبا ما تكون دولة مصدرة لرأس المال ودولة أخرى مستوردة لهذا المال، وتهدف هذه الاتفاقيات إلى حماية الاستثمارات وذلك عن طريق تحديد إطار قانوني يعين مجموعة متوازنة من الحقوق والواجبات لكل طرف متعاقد سواء دولة مصدرة أو مستوردة[1]، ويرجع تاريخ أوّل اتفاقية من هذا النوع إلى عام 1959 والتي تم إبرامها بين ألمانيا وباكستان[2].

1- NASR Jean-Pierre, "Les différents instruments visant l'arbitrage comme technique de solution des litiges des investissements", sur site: http://www.nas lawyers.com/doun loods/differents.doc, p03.

2- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص466.

تسعى الدول من وراء إبرامها للاتفاقيات الثنائية إلى تقديم الضمانات القانونية للاستثمار عبر الحدود، فمعظم البلدان المضيفة تفعل ذلك لاجتذاب الاستثمار الأجنبي المباشر، في حين أنّ معظم بلدان المنشأ تعمد أساسا لإبرام هذه الاتفاقيات لجعل الإطار التنظيمي للاستثمار الأجنبي المباشر في الدول المضيفة له أكثر شفافية واستقرارا وأمانا وقابلية للتنبؤ ولتقليل العوائق التي قد تعترض سبل تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر في المستقبل، عن طريق وضع نظام شامل لجميع الموضوعات الخاصة بالاستثمار حيث تتضمن شروط هذه الاتفاقيات على سبيل المثال عدم التمييز في المعاملة، مبدأ عدم التدخل في العلاقات التعاقدية، السماح بإعادة الدخل إلى دولة المستثمر بالعملة المحولة، التعويض السريع والكافي في حالة صدور قرارات بتأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة[1] وكذلك آليات تسوية المنازعات بين إحدى هذه الدول ومواطني الدولة الأخرى.

عرفت العشرية الأخيرة من القرن العشرين تنامي عدد الاتفاقيات الثنائية لترقية وحماية الاستثمار حيث تزايد عدد هذه الاتفاقيات من 385 اتفاقية في 1998 إلى 2181 في 2002[2]، وحسب تقرير لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية CNUCED فإنّه يوجد 2391 اتفاقية ثنائية إلى غاية 2004/12/31، مع الإشارة أنّه في 2004 عدد الاتفاقيات الثنائية في إطار ما يعرف بالتعاون جنوب جنوب أكثر من عدد الاتفاقيات الثنائية بين الدول المصنعة والدول النامية[3]، غير أنّه لم تسجل سوى 65 اتفاقية في نهاية الستينات وقد اشتملت غالبية هذه الاتفاقيات على التسوية التحكيمية للمنازعات بين الدول الأطراف في حين لم تشتمل على بنود تخص تسوية المنازعات بين إحدى الدولتين ومواطني أو شركات الدولة المتعاقدة الأخرى[4].

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص466.

2- LEBEN Charles, op.cit, p686.

3- BEN HAMIDA Walid, op.cit, p565.

4- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص467.

بعد توقيع اتفاقية واشنطن 1965 والمنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات بدأت تكثر الإشارة إليها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية، حيث تم إبرام أوّل اتفاقية استثمار ثنائية تشتمل على القبول من جانب كل دولة طرف على إخضاع المنازعات مع مواطني الدولة الأخرى لقضاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الحكومة الايطالية مع دولة تشاد في شهر يونيو من عام 1969[1].

مع تزايد عدد الاتفاقيات الثنائية التي تحيل إلى التحكيم لدى المركز الدولي CIRDI الذي التزم خلال السنوات الأولى من عمله بضرورة وجود اتفاق تحكيمي بالمفهوم التقليدي ليحكم باختصاصه، أصبح يقبل الاختصاص والنظر في منازعات الاستثمار حتى بغياب اتفاق تحكيمي بين الأطراف المتعاقدة، حيث اكتفى للقول بذلك بمجرد وجود نص في اتفاقية ثنائية لترقية وتطوير الاستثمار تحيل إلى تحكيم المركز الدولي CIRDI، فكانت قضية AAPL ضد سيريلانكا التي عرضت على المركز في 1990 أوّل قضية يقبل فيها التحكيم استنادا إلى نص في اتفاقية ثنائية، وأصدر الحكم في 27 جوان 1990، ومما جاء فيه أنّ المستثمر الأجنبي لا يجب أن يكون بالضرورة في رابطة تعاقدية مع الدولة المضيفة تجاه دولته، والتي تضمنتها الاتفاقية الثنائية لتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات[2].

اعتبر هذا الحكم خروجا عن مبادئ الاتفاقية التي تشترط موافقة الأطراف على طرح النزاع على المركز موافقة صريحة، وذلك طبقا لنص المادة 1/25 من الاتفاقية غير أنّه وبالرجوع إلى تقرير مديري البنك الدولي المصاحب للاتفاقية فإننا لا نجد أي تعارض بين هذا الحكم وما جاء في هذا التقرير حيث نجد أنّه يجيز هذه الممارسة وذلك من خلال الفقرة 24 منه والتي لا تشترط أن يكون التعبير عن الموافقة في وثيقة واحدة

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص467.

2- إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة...، المرجع السابق، ص217.

حيث يمكن أن تعبر الدولة عن رضائها بالتحكيم أمام المركز من خلال اتفاقية استثمار تحيل إلى تحكيم المركز[1].

تسعى الجزائر كغيرها من البلدان إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية عن طريق إبرامها لعدة اتفاقيات ثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار حيث ترتبط الجزائر مع عدد كبير من الدول سواء كانت مصنعة أو في طريق النمو، وذلك من أجل تبادل الخبرات واستقبال رؤوس الأموال.

تشتمل جل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في الميدان الاقتصادي على بنود تسوية المنازعات في حالة نشوئها وذلك بتعداد طرق من بينها اللجوء إلى القضاء الوطني أو اللجوء إلى التحكيم الدولي.

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من أهم المراكز الذي تكثر الإشارة إليه في هذه الاتفاقيات كجهة لحل المنازعات الناشئة عن هذه الاستثمارات، حيث نجد المادة 2/9 من الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسومبورغي[2] تنص على التسوية بالتراضي وذلك خلال ستة أشهر، فإذا تعذر ذلك يعرض الخلاف على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يفهم من صياغة نص هذه الفقرة أنّ كلا من الدولتين لم تكونا طرفا في هذه الاتفاقية حيث جاء بنص هذه الفقرة:«***...عندما تصبح كل دولة تنتمي لهذا الاتفاق عضوا في هذه الاتفاقية...***»، ولما كان محتملا نشوء النزاع قبل استكمال إجراءات الانضمام والمصادقة

1- Paragraphe 24 du Rapport des administrateurs sur la convention:

«le consentement des parties doit avoir été donne avant que le centre ne soit saisie(article 28(3) et 63(3)), mais la convention ne contient aucune précision quand a la date a laquelle le consentement doit être donne, il peut être donne, par exemple dans une disposition d'un accord d'investissement prévoyant la soumission au centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donne lieu,…».

2- مرسوم رئاسي رقم 91-345 مؤرخ في 26 ربيع الأوّل عام 1412 الموافق لـــ5 أكتوبر سنة 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسومبوغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أفريل 1991، ج.ر عدد 46، سنة1991 .

على الاتفاقية فقد أحالت الاتفاقية الأطراف المتعاقدة إلى النظام الميكانيزم الإضافي للمركز الدولي CIRDI.

هذا وتنص الفقرة 3 من نفس المادة على:

« ***ولهذا الغرض، يعطى كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة والقطعية على أن يحال كل خلاف لهذا التحكيم وتتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاذ اللجوء إلى الطعن الإداري والقضائي الداخلي*** ».

يفهم من صياغة نص المادة أنّ الموافقة المعلن عنها في هذه الاتفاقية موافقة لا رجوع فيها حيث تلتزم كل دولة متعاقدة بقبول التحكيم لدى هذا المركز إذا ما قام الطرف الثاني بعرض الخلاف على المركز استنادا إلى هذه الاتفاقية.

يعتبر التحكيم لدى المركز الدولي CIRDI أكثر التحكيمات استعمالا، حيث يلاحظ أنّ أغلب الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الجزائر ومتعامليها الاقتصاديين تحيل إلى تحكيم هذا المركز، وهذا راجع إلى الأهمية التي يحض بها هذا المركز، باستثناء الاتفاق المبرم بين الجزائر وسوريا والذي أحال إلى محكمة الاستثمار العربية[1].

أحالت الفقرة الثانية من المادة السابعة من الاتفاق المبرم بين الجزائر ودولة قطر[2] إلى تحكيم المركز الدولي وذلك بعد فشل محاولة التسوية الودية، كما منحت المادة 12 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والجمهورية اليمنية[3] المستثمر الخيار بين طرق التسوية حيث جاء بنص المادة:

1- مرسوم رئاسي رقم 98-430 مؤرخ في 9 رمضان عام 1419 الموافق 27 ديسمبر سنة 1998، يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائري الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربة السورية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في دمشق بتاريخ 12 جمادي الأول عام 1418 الموافق 14 سبتمبر 1997، ج.ر عدد 97، سنة 1998.

2- مرسوم رئاسي رقم 97-229 مؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق 23 يونيو سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادي الثاني علم 1417 الموافق 24 أكتوبر سنة 1996، ج.ر عدد 43، سنة 1997.

3- مرسوم رئاسي رقم 01-211 مؤرخ في 2 جمادي الأول عام 1422 الموافق 23 يونيو سنة 2001، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليمنية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في صنعاء بتاريخ 17 شعبان عام 1420 الموافق 25 نوفمبر سنة 1999، ج.ر عدد 42، سنة2001 .

« ***يمكن للمستثمر المعني رفع الخلاف لأحد الهيئات المشار إليها فيما يأتي***» فللمستثمر حق الخيار بين اللجوء إلى الهيئة القضائية للدولة المستقبلة للاستثمار أو محكمة الاستثمار العربية أو المركز الدولي CIRDI، كما يمكنه أن يشكل محكمة تحكيم مؤقتة لهذا الغرض تؤسس وفقا لقواعد إجراءات تحكيم لهيئة الأمم المتحدة للقانون التجاري[1].

إضافة إلى التحكيم وفقا للطرق السابق ذكرها منحت المادة 11 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الاسبانية[2] المستثمر حق الخيار بين التحكيم لدى محكمة تحكيمية

1- جاءت معظم الاتفاقيات الجزائرية الثنائية بهذه الصياغة نذكر منها:

1) مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق لـــ2 يناير سنة 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير سنة 1993، ج.ر عدد 01، سنة 1994 .

2) مرسوم رئاسي رقم 01-212 مؤرخ في 02 جمادي الأولى عام 1422 الموافق لـــ23 يوليو سنة 2001 يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ماليزيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع في الجزائر بتاريخ 27 يناير سنة 2000، ج.ر عدد 42، سنة2001.

3) مرسوم رئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1412 الموافق لـــ5 أكتوبر سنة 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الايطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو سنة 1991، ج.ر عدد 46، سنة 1991.

4) مرسوم رئاسي رقم 94-382 مؤرخ في 17 جمادي الأولى عام 1415 الموافق لـــ22 أكتوبر سنة 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر في 28 يونيو سنة 1994 والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج.ر عدد 69، 1994.

5) مرسوم رئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق لـــ5 أفريل سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائري الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ أول غشت سنة 1996، ج.ر عدد 20، 1997.

5) مرسوم رئاسي رقم 03-525 مؤرخ في 6 ذي القعدة عام 1424 الموافق لـــ30 ديسمبر سنة 2003، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمرك حول الترقية والحماية المتبادلين للاستثمارات الموقع بالجزائر في 25 يناير سنة 1999 وتبادل الرسائل، المؤرخة في 12 يونيو سنة 2002 و28 أكتوبر سنة 2002، ج.ر عدد 02، سنة 2004.

2- مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ رقم 95-88 مؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق لـــ25 مارس سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1995، ج.ر عدد 23،سنة 1995.

طبقا لنظام مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية بإستكهولم أو محكمة تحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس أو طبقا لمحكمة تحكيمية تنشأ لهذا الغرض، أو بناء على تحكيم المركز الدولي CIRDI، كما أوجب الاتفاق المبرم بين دول اتحاد المغرب العربي[1] في المادة 19 على الأطراف المتعاقدة عرض النزاع على إما الهيئة القضائية لدول اتحاد المغرب العربي أو محكمة الاستثمار العربية أو هيئات التوفيق والتحكيم الدولية المختصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار وذلك طبقا للاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة.

من خلال ما سبق عرضه يلاحظ أنّ هذه الاتفاقيات قد منحت المستثمر الخيار بين طرق التسوية المتاحة وهو ما يستفاد منه قبول الجزائر مسبقا بالطريقة المختارة أي كان اختيار المستثمر، بما فيها تحكيم المركز الدولي وهو ما يفيد القبول المسبق باختصاص المركز.

يتمثل الهدف من وراء إبرام هذه الاتفاقيات في تشجيع إقبال المستثمرين الأجانب عن طريق منحهم الحق في الخيار بين طرق تسوية المنازعات كأهم ضمانة لهم متجاهلين دور الطرف الثاني في الاختيار، غير أنّه ومهما كانت الظروف الاقتصادية فإنّه كان يتعين الأخذ في الاعتبار النتائج التي يمكن أن تنجر عن تعهدات مثل هذه.

أصبح بإمكان المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة الجزائرية الحق في مقاضاتها أمام أي من الهيئات السابق ذكرها حتى بغياب اتفاق تحكيمي بين الطرفين وهذا ناتج عن الالتزامات الواقعة على الجزائر بمقتضى هذه الاتفاقيات والتي جاء البعض منها قاطعة[2].

1- مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 5 جمادي الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ أوّل محرم عام 1411 الموافق 23 يوليو سنة 1990، ج.ر عدد 06، 1991.

2- المادة 3/9 من المرسوم الرئاسي رقم 97-229.

وما يثير الانتباه في هذه الاتفاقيات أنّ حق الخيار بين الجهة التي تتولى تسوية المنازعة حكر بيد المستثمر دون الدولة، ما يخلق عدم التوازن بين الأطراف، وهو أمر منتقد ذلك أنّه يخدم مصالح المستثمر الأجنبي[1]، غير أنّه وإن كان الهدف من وراء ذلك استقطاب المستثمرين عن طريق منحهم أكثر قدر من الضمانات، إلاّ أنّه كان يتوجب التفكير في العواقب وتوخي الحيطة حماية للمصالح الوطنية.

الفرع الثاني:

تأسيس اختصاص المركز على أساس الاتفاقيات الثنائية للاستثمار

أدى التزايد الهائل لعدد الاتفاقيات الثنائية للاستثمار عبر العالم والتي تحيل إلى تحكيم المركز الدولي CIRDI إلى تزايد عدد القضايا المعروضة على المركز استنادا على نصوص اتفاقيات ثنائية لحماية الاستثمار، رغم أنّ بعض هذه الاتفاقيات جاءت خالية من بنود خاصة ترتضي فيه الدولة الخضوع للتحكيم لفائدة رعايا الدولة الطرف الثاني في الاتفاقية[2].

عرف التحكيم التجاري الدولي على أساس الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار تطورا ملحوظا، حيث أصبح بإمكان المتعاملين في مجال التجارة الدولية في الكثير من الحالات أن يطلب مباشرة من الدولة المضيفة إصلاح الأضرار التي أصابت استثماره وذلك بالاستناد إلى اتفاقيات حماية الاستثمارات التي تعلن فيها الدولة مسبقا قبولها الانفرادي للتحكيم نتيجة لإخلالها بالتزاماتها، سواء كان ذلك نتيجة معاملة تمييزية للاستثمار أو نتيجة القيام بأعمال التسخير دون التعويض اللازم[3]، أو غير ذلك من تصرفات السلطة العامة التي يمكن أن تضر بالاستثمار.

1 - HAROUN Mahdi, Le régime des investissements en Algérie a la lumière des conventions franco-algériennes, litec, paris, 2000, p670,671.

2- PRUJI NER Alain, op.cit, p72.

3- GAILLARD Emmanuel, "L'arbitrage sur le fondement …", op.cit, P854.

أدى انتشار هذه الاتفاقيات التي تحيل إلى التحكيم إلى تراجع عدد القضايا المعروضة على المركز على أساس اتفاق تحكيمي بالمفهوم التقليدي والذي يتسم بالثبات حيث سجل المركز قضية واحدة في 1999 و2000 و2002، وقضيتان في 2001 مقابل 6 قضايا على أساس اتفاقيات حماية الاستثمار في 1998[1]، وسبعة قضايا في 1999 وتسعة قضايا في 2000 وأثنتا عشرة قضية في 2001 و ستة عشر قضية في 2002[2]، وعرف عدد القضايا ارتفاعا ملحوظا في 2007 إذ سجل المركز 27 قضية على أساس اتفاقيات ثنائية لحماية الاستثمار[3]، و17 قضية في 2009 من أصل 25 قضية معروضة على المركز[4].

تغيّرت الممارسة التحكيمية للمركز، فمنذ 1998 والمركز يسجل تقريبا قضية في كل شهر، وأكثر من ثلاثة أرباع هذه القضايا الجديدة قد تم رفعها من قبل المستثمرين بدون اتفاق تحكيمي بالمفهوم التقليدي المتعارف عليه، وإنّما استنادا إلى قبول الدول لبنود تسوية المنازعات عن طريق تحكيم المركز في اتفاقيات الاستثمار، ففي نهاية السنة المالية 2003 بلغ عدد القضايا المسجلة لدى المركز 63 قضية منها 47 قضية استندت إلى اتفاقيات الاستثمار الثنائية الأطراف.

تأثر عمل المركز بهذا النوع الجديد من التحكيم، إذ تميز نشاطه بالثبات خلال السنوات الأولى، ليعرف تطورا مع ازدياد عدد الاتفاقيات المحيلة لتحكيم المركز هذا نتيجة تأكد الدول بجدية هذا الأسلوب وفعاليته في استقطاب الاستثمار الأجنبي عن طريق تجسيد إطار قانوني يضمن الثبات والحماية للاستثمارات[5].

1- GAILLARD Emmanuel, " Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI, chronique des sentences arbitrales", JDI, N°01, 1999, p274.

2- GAILLARD Emmanuel, "L'arbitrage sur le fondement …", op.cit, p855.

3 - GAILLARD Emmanuel, "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI, chronique des sentences arbitrales", JDI, N°01, 2008, p315.

4 - GAILLARD Emmanuel, " Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI, chronique des sentences arbitrales", JDI, N°02, 2010, p500.

5 -CREMADES Bernardo M," L'arbitrage international: de l'arbitrage commercial a l'arbitrage de protection des investissements", sur site: http: //www.adrm da.org/rome conférence 07/ materials/ arbitrage. International.pdf, p29.

يعتبر الحكم الصادر في النزاع بين شركة آسيا للمنتجات الزراعية المحدودة AAPL وجمهورية سريلانكا أوّل حكم يؤسس اختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى وجود نص في اتفاقية استثمار يحيل إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1].

تتلخص وقائع القضية في اتفاق الشركة ذات المسؤولية المحدودة، آسيا للمنتوجات الزراعية والمسجلة في هونغ كونغ مع شركة سيريلانكية على إنشاء مشروع شبه زراعي (تربية الجمبري)، و قد تعرض المركز للحريق في 27 جانفي 1987 إثر عمليات عسكرية قامت بها القوات السيريلانكية ضد المتمردين الذين اتخذوا المركز مأوى لهم[2].

تقدمت الشركة بطلب إلى المركز الدولي من أجل تحميل السلطات السريلانكية مسؤولية الأضرار بدفع قيمة 368-067-8 دولار أمريكي من أجل إصلاح الأضرار التي أصابت الشركة نتيجة هذه العمليات.

أسست الشركة طلبها على الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة في 13 فيفري 1980 بين الإمارات المتحدة وسريلانكا والتي تضمنت تنظيم خاص بحماية الاستثمارات المنجزة من طرف رعايا إحدى الدولتين على إقليم الدولة الأخرى المتعاقدة(المادة 1/2) المتضمنة إجراءات خاصة في حالة الأضرار الناتجة عن الاضطرابات الداخلية(المادة4) ونص المادة 1/08 من الاتفاقية[3] كما يلي:

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص470.

2 -RAMBAUD Patrick, "des obligations de l’Etat vis-à-vis de l’investisseur étranger: La sentence CIRDI du 27 juin 1990, Société asian agricultural Product LTD (AAPL) C. SRI Lanka", annuaire français de droit international, Volume 38, 1992, p502.

3 -GAILLARD Emmanuel, "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI), Chronique des sentences arbitrale", JDI n1, 1992, p217.

«على كل دولة متعاقدة الموافقة على إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعايا أو شركة تابعة لطرف المتعاقد الآخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأوّل إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار»[1].

عارضت السلطات السيرلانكية طلب تحميلها المسؤولية، ودفعت بعدم تأسيس الطلب بحجة أنّ تدمير المنشئات قد تم في ظروف تستبعد مسؤولية الدولة[2].

انتهت هيئة التحكيم إلى قبول اختصاصها بنظر النزاع، وقد تشكلت المحكمة من الفرنسي برتولد ڤولدمان Berthold Goldman والذي عين من قبل الشركة AAPL والغيني سامويل أزونت SAMUEL ASANTE المعين من قبل جمهورية سريلانكا وأحمد الخسري من جنسية مصرية رئيسا معينا من قبل رئيس المجلس الإداري للمركز[3].

اعتبر المحكمون أنفسهم مختصين على الرغم من عدم إبرام أي اتفاق تحكيمي بين المستثمر ودولة سيرلانكا، وأسّسوا حكمهم على اتفاقية الاستثمار الثنائية التي تضمنت موافقة الدولتان على الالتجاء إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي(المادة 08 السالفة الذكر) وهو ما يمثل إيجابا من قبل الدولة بالموافقة على تحكيم المركز التقى بقبول المستثمر الأجنبي لهذا الإيجاب بتقديمه لطلب التحكيم مما يتكون معه الرضاء المتطلب لانعقاد اختصاص هيئات تحكيم المركز[4].

خلصت المحكمة التحكيمية إلى أنّ الإجراءات المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار المبرمة بين سيريلانكا والإمارات المتحدة لا تخلص إلى تعهد بسيط من الدولة بإبرام اتفاق تحكيمي في العقود المبرمة مع مستثمري الطرف الثاني، لكنها تتضمن

1- نقلا عن عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، مصر 2006، ص190.

2 - RAMBAUD Patrick, Op cit.p502.

3- GAILLARD Emmanuel, Centre international … JDI N°01 ,1992 , op.cit, p217.

4- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص471.

قبولا مباشرا وكافيا لاختصاص المركز في حالة النزاع، فالبند المحتوى في اتفاقية الاستثمار يكيف على أنّه إيجاب عام ودائم للتحكيم من قبل الدولة وتكتمل الموافقة بمجرد صدور الموافقة من قبل المستثمر بإخطاره المركز[1].

يعد الحكم الصادر في هذه القضية أوّل حكم يؤسس على أساس اتفاقية ثنائية الاستثمار، ولقد ازداد عدد الأحكام التحكيمية الصادرة على أساس الاتفاقيات الثنائية للاستثمار حيث أفاد التقرير الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية(CNUCED) أنّه قد تم تسجيل أكثر من 229 قضية على أساس اتفاقيات الاستثمار سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف لسنة 2005 وأكثر من 61 دولة مدعى عليها من قبل مستثمرين أجانب وفي مقدمتها الأرجنتين بـــ42 إجراء تحكيمي نتيجة الإجراءات الاستعجالية التي اتخذها للخروج من الأزمة الاقتصادية[2].

تمّ تأكيد هذا التوجه وقبول الاختصاص بناء على اتفاقية استثمار ثنائية، وفي غياب أي اتفاق تحكيمي بين الطرفين، في الحكم الصادر عن المركز في قضية AMT في 21 فبراير 1997 بشأن النزاع بين المؤسسة الأمريكية للتصنيع والتجارة AMT(AMERICAN MANUFACTORING trading) ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية (زائير).

تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ أفراد من الجيش الزائيري هدموا ونهبوا شبكة معامل عائدة لشركة أمريكية، ومن ثم تقدمت هذه الشركة بطلب التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها، ولقد أسّست طلبها على الاتفاقية الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية زائير عام 1984 والتي تنص المادة 2/7 منها:

1- LATTY Frank, "Arbitrage transnational et droit international général", annuaire français de droit international,2008 , p469.

2- BEN HAMIDA Walid, op.cit, p565.

«يوافق كل طرف متعاقد على إخضاع منازعات الاستثمار للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عن طريق التوفيق أو التحكيم»[1].

بعد فحص وقائع النزاع انتهت هيئة التحكيم إلى تقرير اختصاصها للنظر في النزاع على أساس نص المادة 2/7 السابق ذكرها، حيث أعلنت:

«بما أنّه من العودة إلى الاتفاقية الاستثمارية التي تحيل خلافات الاستثمار على مركز واشنطن... يتبين بوضوح أنّ الولايات المتحدة وجمهورية زائير قد توافقتا على أنّ الخلافات مثل تلك المعروضة على المحكمة التحكيمية يمكن عرضها أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فيكون كل طرف من جهته قد وافق على اختصاص مركز واشنطن، ولكن هذه الموافقة ليست آلية لكل خلاف، إنّ الأطراف المعنيين في النزاع يبقيان أسياد إجراءات المحاكمة التي ستطبق لحل الخلاف الناشئ، ويتبين أنّ شركة AMT أرادت إتباع إجراءات تحكيم اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى وعبّرت عن ذلك بدون التباس، هذه الإرادة حين تنظم إلى إرادة جمهورية زائير المعبر عنها في اتفاقية الاستثمار ويتم تلاقي الإرادتين، فيكون التراضي الذي هو الشرط الأساسي لصحة مراجعة المراكز التحكيمية قد تم»[2].

تعددت الأحكام التحكيمية الصادرة عن المركز والتي تستند على اتفاقيات الاستثمار الثنائية في غياب أي اتفاق تحكيمي بين الأطراف المتنازعة، حيث كيّفت هيئات تحكيم الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار بمثابة عرض من قبل الدولة المضيفة قابلها قبول من

1- FRUTOS-PETERSON Claudia, L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine, l'efficacité de droit, Harmattan, paris, 2003, p114.

2- نقلا عن بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص472، وأنظر كذلك:

DRAINS Yus, "L’impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage", Gazette du palais, N° 119, 2001, P633.

طرف المستثمر عن طريق تقديمه طلب تحكيم أمام المركز وبذلك يكون التراضي قد تم عملا بنص الفقرة 24 من تقرير مديري البنك الدولي[1].

استقر عمل هيئات التحكيم للمركز بهذا الاتجاه لدرجة يمكن القول أنّه أصبح عرفا غالبا، حيث اعتبر بعض الفقه هذا القبول المسبق بالتحكيم من قبل الدولة جزء من قواعد القانون الدولي[2]، فأغلب القضايا التي تعرض على المركز تستند على أساس اتفاقيات ثنائية، حيث تكرر الأمر في قضية WENA للفنادق وهي شركة إنقليزية ضد الحكومة المصرية، إذ لجأت الشركة المذكورة إلى المركز الدولي مدعية أنّ الحكومة المصرية لم تلتزم بتعهداتها بحماية الاستثمار[3].

دفعت الحكومة المصرية بعدم اختصاص المركز بنظر النزاع، استنادا إلى أنّ العقدين محل النزاع بشأن فندقي النيل والأقصر قد تضمنا اتفاق الطرفين على إجراء التحكيم وفقا لأحكام القانون المصري.

رفضت هيئة التحكيم دفع الحكومة المصرية، وقضت باختصاصها بنظر الدعوى استنادا إلى اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة في عام 1975 بين جمهورية مصر العربية والمملكة المتحدة والتي نصت المادة 1/8 منه على:

«توافق كل دولة متعاقدة على الإحالة على المركز الدولي لحسم منازعات الاستثمار».

أعلنت هيئة التحكيم أنّ الجملة الأولى من هذه الفقرة تتضمن موافقة عامة على التحكيم بين الدولة الطرف في اتفاقية الاستثمار والشخص الاعتباري التابع للدولة الطرف الآخر وهو الموقف القائم في هذه القضية، ومن ثم انتهت إلى أنّها مختصة بنظر القضية تنفيذا لاتفاقية الثنائية بين مصر وإنجلترا، حيث حكمت هيئة التحكيم بجلسة 8 ديسمبر

1- راجع الفقرة 24 من تقرير مديري البنك الدولي السالف ذكرها.

2 - ARUJINER, Alain, op.cit, p73.

3- عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص191.

2000 بإلزام الحكومة المصرية بدفع التعويض للشركة مضافا إليه الفوائد ومصاريف التحكيم[1].

فرضا أنّ دفع الحكومة المصرية بوجود اتفاق بين الطرفين صحيح، فإنّه وتطبيقا لمبدأ "الخاص يقيد العام" كان يتعين على المحكمة أن تحترم اتفاق الأطراف وتطبيق محتوى العقد وهذا تطبيقا لمبدأ آخر هو " العقد شريعة المتعاقدين".

تكرر الأخذ بهذا الاتجاه في قضايا كثيرة نذكر منها:

1- قضية ceskoslovenska obchodni Banka.s(CSOB) ضد جمهورية سلوفاكيا والتي حكمت فيها الهيئة التحكيمية على أساس الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات بين جمهورية سلوفاكيا وجمهورية التشيك التي ينتمي إليها المستثمر والمبرمة في 23 نوفمبر 1992[2].

2- قضية الشركة اليونانية Middle East cément shipping and hand Ling co ضد الحكومة المصرية والتي استندت هيئة تحكيم المركز الدولي للفصل في النزاع القائم بين جمهورية مصر واليونان على نص المادة الثامنة من الاتفاقية الثنائية لحماية الاستثمار في 16 يونيو 1993، والتي تحيل إلى تحكيم المركز الدولي، لتقرير اختصاصها للفصل في النزاع [3].

وقفت الجزائر بدورها كطرف مدعى عليه أمام المركز الدولي وذلك في قضية LESI SPA et ASTALDI spa ضد الجزائر والتي تقدمت فيها المدعية أمام المركز في 03 فيفري 2003 وقد استندت المدعية على المادة 36 من اتفاقية واشنطن وكذا المادة

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص473 وأنظر كذلك عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص191.

2- أنظر وقائع القضية على الموقع :http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob de cision.pdf

3- أنظر وقائع القضية على الموقع : http:www.world bank.org/icsid/cases/me cement-award.pdf

1/8(ب) من اتفاق حماية الاستثمار المبرم بين الجزائر وإيطاليا، والذي دخل حيز النفاذ في 26 نوفمبر 1993[1].

انتهت هيئة التحكيم المشكلة من بيير ترسيي Pierre TERCIER رئيسا وبرنارد حانوسيو Bernard HANOTIAU وإمانويل ڤيار EMMANUEL GAILLARD محكما إلى أنّ الجزائر لم تخل بالتزاماتها المتمثلة في المعاملة العادلة والمنصفة، التعويض، وكذا في توفير الحماية اللازمة، وبالتالي قضت برفض الطلب في حكمها الصادر في 12 نوفمبر 2008[2].

إذا كان المركز قد اختص بناء على نصوص اتفاقية فانه قد حكم باختصاصه حتى بغياب مثل هذه النصوص وذلك إعمالا لشرط الدولة الأولى بالرعاية يعتبر هذا الشرط من الشروط التي لا تكاد اتفاقية حماية الاستثمارات تخلو منها نظرا لأهميته في مجال الاستثمارات، ومفاد هذا الشرط أن تتعهد كلا الدولتين المتعاقدتين بمنح استثمارات أو مستثمري الدولة الأخرى معاملة لا تقل أهمية عن المعاملة التي يتلقاها استثمار أو مستثمر دولة أخرى في نفس المجال[3] بمعنى أن يتمكن رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على الحماية التي قرّرتها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أجنبية أخرى أكثر رعاية[4].

تهدف الاتفاقيات المتضمنة لشرط الأولى بالرعاية إلى ضمان معاملة عادلة للمستثمرين المستفيدين من الشرط، فمثلا لو أقرّت الاتفاقية مع دولة(أ) امتيازات أكثر لمستثمرين الدولة(أ) فإنّ لمستثمري الدولة المرتبطة بموجب الاتفاقية المتضمنة للشرط أن يطالبوا بالاستفادة من هذا الامتياز وهذا يطبق حتما في مجال الحماية الموضوعية، فهل

1- أنظر وقائع القضية على الموقع :

http://icsid.word bauk.org/ICSID/Front servlet? Request lype=cases RH or action val= show doc -odocld=DC890-fer8 caseld=c48.

2- BETTALEB Anis, "Nouvelle sentence CIRD: LESI Spa et ASTACDI Spa c./Algrie", sur site: http://fr.groups.yahou.com/group/arbitrage-odr/message/1549.P01

3- HOUDE Marie- France," Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements document de travail de sur l'investissement international", N°2004/2 ? OCDE, 2004, p01, sur site: http://www.oecd.org/dataoecd/21/40/33773359.pdf .

4- أوديع نادية، المرجع السابق، ص28.

يطبق هذا أيضا على الجانب الإجرائي المتعلق بتسوية المنازعات، فماذا عن إمكانية الاستفادة من الاتفاقية الثنائية التي تحيل على التحكيم دون اشتراط استنفاذ طرق الطعن الداخلية في حين تشترط الاتفاقية التي يرتبط بها المستثمر استنفاذ الطرق الداخلية[1]، أو هل يمكن الاستفادة من الشرط الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم مثلا تحكيم المركز الدولي إعمالا لشرط الدولة الأولى بالرعاية؟.

أجابت هيئة تحكيم المركز بالإيجاب وذلك في قضية Maffezini ضد إسبانيا والتي تتلخص وقائعها في قيام Maffezini للحكومة الاسبانية المتمتع بالجنسية الأرجنتينية بإبرام اتفاق مع مؤسسة إسبانية SODIGA تابعة بهدف إنشاء مؤسسة مشتركة لإنتاج منتجات كيميائية، و نتيجة لعدم تحقق الأرباح المنتظرة من Maffizini تقدم هذا الأخير بطلب إلى الحكومة الاسبانية لتصفية المشروع وقد رفضت الحكومة طلبه.

تقدم Maffizini بطلب تحكيم أمام المركز الدولي، واعترضت اسبانيا على اختصاص المركز وطالبت إجبار Maffizini بوضع خطاب ضمان باسم الحكومة الاسبانية وتحمل نفقات التحكيم، وقد أسّست اعتراضها على الاتفاقية المبرمة بين اسبانيا والأرجنتين التي تشترط استنفاذ المستثمر الأرجنتيني الوسائل القضائية الداخلية في إسبانيا.

رفضت المحكمة اعتراض الحكومة وقضت باختصاصها بناءا على مبدأ الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في الاتفاقية المذكورة والذي يحض به مواطنو الأرجنتين وفقا للمعاهدة المبرمة بين إسبانيا والشيلي والتي منحت فيها إسبانيا مستثمري الشيلي حق اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي دون استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية في اسبانيا، وحكمت بتعويض لصالح Maffizini [2].

إذا كانت هيئات تحكيم المركز قد قبلت الاختصاص إعمالا بشرط الدولة الأولى بالرعاية في القضية السالف ذكرها إلا أنها قد رفضت إعمال الشرط في قضية Tza

1- KAUFMANN- KOHLER Gabrielle, op.cit, p17.

2- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص289و 290.

yapshum ضد البيرو، والتي تقدم فيها المستثمر الصيني(هونغ كونغ) بطلب تحكيم مستندا على الاتفاقية الثنائية لحماية الاستثمار المبرمة بين الصين والبيرو في 1994 وكغيرها من الاتفاقيات الصينية القديمة فقد تضمنت شرط تحكيم فقط بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالتعويض عن التسخير.

رغبة في توسيع اختصاص المركز فسّر المستثمر الصيني النص بأنّه يتعلق بكل قرار تسخير قابل للتعويض، كما أنّه أثار شرط الدولة الأولى بالرعاية المتضمن في الاتفاقية قصد الاستفادة من الامتيازات الممنوحة من طرف البيرو لدول أخرى غير أنّ هيئة التحكيم قد قبلت الطلب الأوّل وقضت برفض الطلب الثاني[1].

رفضت هيئة تحكيم المركز تطبيق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية في قضية AENTAU وقضت أنّ هذا التفسير لشرط للدولة الأولى لا يتماشى مع وضيفة هذا الشرط ولا مع واقع المنافسة بين المستثمرين من دول مختلفة[2].

من خلال القضايا السالف ذكرها يلاحظ أنّ شرط الدولة الأولى بالرعاية قد تطورت وظيفته إذ أصبح يستعمل حتى في مجال تسوية المنازعات، وإن كان هذا يخدم مصالح المستفيدين منه، إلاّ أنّه يضع الدولة الملتزمة به في مواضع حرجة ويجبرها على الوقوف للتحكيم أمام مستثمرين استنادا إلى هذا الشرط.

إلى جانب اتفاقيات الاستثمار الثنائية نجد اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف والتي تسعى إلى حماية الاستثمار لكن بين عدد كبير من الدول، حيث أنّها تنظم مختلف جوانب الاستثمار والتي من بينها تسوية المنازعات، فنجد التحكيم أكثر الآليات استعمالا خاصة تحكيم المركز الدولي نظرا لفعالية هذا الأخير.

1 - GAILLARD Emmanuel, Centre international… , JDI n2, 2010, op.cit, p501.

2 -Ebid, p502.

المطلب الثاني:

التحكيم بناء على اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف

يعتبر حماية الاستثمارات الأجنبية أهم هدف تسعى الدول لتحقيقه وذلك عن طريق اتخاذ جميع الإجراءات المساعدة في ذلك.

تعد اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف إحدى أهم هذه الوسائل ذلك راجع للدور الفعال الذي تؤديه، ذلك أنّها تجمع بين عدد كبير من الدول التي تسعى إلى تطوير الاستثمار إذ تسعى هذه الدول إلى إبرام أكبر عدد ممكن من هذه الاتفاقيات قصد جذب المزيد من المستثمرين عن طريق توفير المحيط المناسب للاستثمارات، حيث أنّ عدد كبير من الدول مرتبطة عن طريق اتفاقيات الاستثمار الثنائية إلى جانب الاتفاقيات المتعددة الأطراف وذلك قصد تنظيم أكثر تحكيما لمجال الاستثمار بتوفير الأمان والاستقرار لهذه الاستثمارات.

يعد مجال تسوية المنازعات من المجالات التي لقيت اهتماما من قبل هذه الاتفاقيات عن طريق منح المستثمرين بدائل عديدة لتسوية المنازعات.

يندرج التحكيم أمام المركز الدولي بين هذه البدائل التي تكثر الإشارة إليها(فرع أوّل) ما أدى إلى قبول هيئات المركز لانعقاد اختصاصها استنادا على هذه الاتفاقيات(فرع ثاني).

الفرع الأوّل:

الاتفاقيات المتعددة الأطراف وتحكيم المركز الدولي

لم تكتفي الدول في سعيها لإيجاد تنظيم دولي شامل للاستثمارات الأجنبية بإبرام الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمارات، بل لجأت أيضا إلى إبرام الاتفاقيات المتعددة الأطراف، حيث شهد العقد الأخير من القرن الماضي إبرام العديد من اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف، كان من أبرزها اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة ALENA أو ما يعرف بالنافتا NAFTA باللغة الانجليزية وكذلك اتفاقية ميثاق الطاقة

ECT(th energy charte treaty) إضافة إلى اتفاقية MERCOSUR واتفاقية قرطاجنة للتجارة الحرة.

أفاد التقرير الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية CNUCED أنّه إلى غاية 31 أفريل 2005 يوجد 212 اتفاقية متعددة الأطراف متضمنة إجراءات تنظيمية للاستثمارات[1].

اشتملت غالبية هذه الاتفاقيات على شروط لتسوية المنازعات والتي تشير في الغالب إلى شكل واحد أو أكثر من أشكال التحكيم التي تتم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك إما عن طريق التحكيم بموجب الاتفاقية أو بموجب قواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز[2].

تعتبر اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة ALENA أهم هذه الاتفاقيات، وهي توسيع للاتفاق السابق المبرم بين الو.م.أ وكندا والمعروف باتفاق الحر الكندي الأمريكي وبعد المفاوضات التي أجريت بين الرئيس الأمريكي George Walker Buch ونظيره الكندي والمكسيكي أسفرت عن إبرام اتفاق ALENA بين كل من الو.م.أ، كندا والمكسيك في 17 ديسمبر 1992 ودخلت حيز النفاذ في الفاتح من جانفي 1994.

تهدف الاتفاقية إلى توسيع التعاون المتعدد الأطراف لتحرير التجارة وتسهيل المبادلات عبر الحدود، عن طريق تخفيض ثم إلغاء جميع الحواجز والرسوم الجمركية الخاصة بتجارة السلع والخدمات، كما تسعى إلى حماية الملكية الفكرية، وتوفير محيط مناسب للمنافسة المشروعة وتحسين ظروف العمل إضافة إلى حماية البيئة[3].

1- BEN HAMIDA Walid, op.cit, p565.

2- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص475.

3 -Accord de libre échange, sur site: http://fr.wikipedia.org/wiki/accord de libre% c3% a9 echange – nord – am%c3% a9ricaan pdf. , p01.

اشتملت الاتفاقية على شروط تتعلق بحماية وتشجيع الاستثمار، ووضع أسس ومعايير المعاملة الوطنية وعدم التمييز وشرط الدولة الأولى بالرعاية وكذلك آلية فض المنازعات التي قد تنشأ بين الحكومات والمستثمرين من الدول الأخرى المتعاقدة.

تضمنت الاتفاقية في القسم الثاني من الفصل الحادي عشر منه النصوص الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين أحد الأطراف المتعاقدة ومستثمر الطرف الثاني المتعاقد والناتجة عن الإخلال بالالتزامات الواقعة على الأطراف طبقا لأحكام القسم الأوّل من الفصل الحادي عشر[1].

إذ جاءت المادة 1115 منه للتأكيد على تأسيس آلية لتسوية المنازعات في مجال الاستثمارات تضمن معاملة عادلة لمستثمري الأطراف بما يتلاءم مع مبدأ المماثلة الدولية مع ضمان تطبيق القانون أمام المحاكم.

منحت المادة 1116 من الفصل الحادي عشر المستثمر حق اللجوء إلى التحكيم ضد إحدى الدول الأطراف في الاتفاق وهذا استنادا إلى أحكام القسم الثاني من هذا الفصل في حالة إخلال أحد الأطراف بالتزاماتها الواردة في:

أ) أحكام القسم (أ) أو الفقرة الثانية من المادة 1503(مشروع الدولة).

ب) الشطر (أ) من الفقرة الثالثة من المادة 1502(احتكار ومشروع الدولة)، وذلك في حالة ما إذا كان الاحتكار بطريقة تتعارض مع التزامات الطرف بمفهوم القسم(أ) وأصيب المستثمر بخسائر وأضرار بسبب أو الناتجة عن هذا الإخلال.

يفقد المستثمر حقه في اللجوء إلى التحكيم في حالة مرور أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ حدوث الخسائر وعلم المستثمر بالإخلالات المزعومة وكذا الخسائر والأضرار.

تقدم المادة 1116 مثالا آخر عن تطور مركز الفرد في القانون الدولي بحيث أصبح بإمكانه وبصفته الشخصية أن يقاضي الدولة عن أفعالها الغير مشروعة وتقف معها على قدم المساواة عكس ما كان سائدا من قبل إذ كانت الدولة هي من يمارس الحماية على رعاياها، فإنّ كان هذا الأمر إيجابيا بالنسبة للمستثمر إلاّ أنّه يؤثر سلبا على مركز الدولة

1- راجع نصوص الاتفاقية على الموقع: www.nafta- sec-alena.org.

التي تعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي متمتع بالسيادة، وهذا التطور لم يأتي صدفة لكن قائم على اعتبارات أكثر منها اقتصادية.

يعتبر التحكيم أمام المركز الدولي أولى الاختيارات الممنوحة للمستثمر في حالة النزاع، وذلك إما وفقا لنظام المركز إذا كان كلا من الطرفين متعاقدين في الاتفاقية أو وفقا لنظام الميكانيزم الإضافي حالة كون أحد الأطراف غير متعاقد في الاتفاقية، إلى جانب إمكانية اللجوء إلى تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أو وفقا لقواعد التحكيم المطبقة على التحكيم باستثناء حالة تغييرها من قبل هذا القسم[1].

غير أنّه وإن كان اللجوء إلى التحكيم حق للمستثمر إلاّ أنّه مقرون بشروط وهي أن يحاول قدر الإمكان تسوية النزاع بالتشاور بين الأطراف[2]، إضافة إلى وجوب تراضي الأطراف وقبولها اللجوء إلى التحكيم وهذا ما يستفاد من نص المادة 1122 والتي جاءت بعنوان"التراضي على التحكيم" والتي تنص:

«1) يوافق كل طرف على تقديم العريضة للتحكيم طبقا للكيفية المنصوص عليها في هذا الاتفاق.

1- Article 1120 de L'ALENA:

«1. Sauf dispositions de l'annexe 1120.1 et à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :

- a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie de l'investisseur soient parties à la Convention;
- b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI; ou
- c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI.

2. Les règles d'arbitrage applicables régiront l'arbitrage, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par la présente section».

2- voir Article 1118 de L'ALENA.

2) إنّ التراضي المقدم في الفقرة الأولى وتقديم العريضة للتحكيم من قبل المستثمر لابد أن يستوفي:

أ - تراضي مكتوب للطرفين بمفهوم الفصل 2 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (اختصاص المركز) وقواعد الميكانيزم الإضافي،

ب - اتفاقية مكتوبة بمفهوم المادة 2 من اتفاقية نيويورك،

ج - اتفاق بمفهوم المادة الأولى من الاتفاقية الأمريكية»[1].

يظهر جليا من نص المادة أنّ الدول المتعاقدة تعلن مسبقا عن رضائها بالتحكيم بكل دعوى تقدم من طرف المستثمر تابع للدولة الطرف في الاتفاقية، وأنّ هذا التعهد يكمل شروط التراضي المكتوب المشترط من قبل اتفاقية واشنطن وكذا اتفاقية نيويورك[2] وبذلك تكون هذه الدول الثلاثة قد ارتضت التحكيم كآلية لتسوية منازعات الاستثمار بين مستثمر وأحد الدول المتعاقدة وهذا يغني عن وجود اتفاقية تحكيم من أجل اللجوء إل هذه الآلية[3].

---

1 -Article 1122 de L'ALENA **:**

« 1. Chacune des Parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord.

2. Le consentement donné en vertu du paragraphe 1 et la soumission d'une plainte à l'arbitrage par un investisseur contestant satisferont à la nécessité :

- a) d'un consentement écrit des parties aux termes du chapitre II de la Convention CIRDI (Compétence du Centre) et du Règlement du mécanisme supplémentaire;
- b) d'une convention écrite aux termes de l'article II de la Convention de New York; et
- c) d'un accord aux termes de l'article I de la Convention interaméricaine.

2- PRUJINER Alain, op.cit, p73.

3- LACASSE Nicole, "L'arbitrage commercial international entre parties privées dans les pays de l' Alena", colloque «l'Alena et l'avocat d'affaires: faire affaires aux Etats –unis, au Mexique et Canada et bien représenter son client», sur site : http://scholar-najah-edu/sites/scholar. Najah.edu/ files/lhesis/international- trade/ arbitration/fram-dispute-méthode.pdf, p04.

إلى جانب اتفاقية أمريكا الشمالية للتبادل الحر توجد اتفاقية ميثاق الطاقة التي تعتبر أحد الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي تطبق على قطاع الطاقة، وتخص التجارة، النقل وحماية الاستثمارات في مجال الطاقة.

تم التوقيع على هذه الاتفاقية في ليشبونا في 17 ديسمبر 1994، ودخلت حيز النفاذ في 16 أفريل 1998، وتعتبر كل من الاتحاد الأوروبي و51 دولة أطراف في هذه الاتفاقية، فرغم الأصل الأوروبي لهذه فهناك دول عديدة خارج القارة قد انضمت منها الو.م.أ، كندا، استراليا، اليابان[1].

إضافة إلى الدول المصادقة على الاتفاقية توجد دول أخرى وقعت على الاتفاقية دون أن تصادق عليها مثل روسيا، بلغاريا، إلاّ أنّ هذا لا يعفيها من تطبيق الاتفاقية كما تنص المادة 1/45 من الاتفاقية والتي تلزم الدول الموقعة على تطبيق الاتفاقية مؤقتا إلى حين المصادقة.

تهدف الاتفاقية إلى وضع إطار قانوني لتنمية التعاون على المدى البعيد في مجال الطاقة عن طريق السعي إلى جذب الاستثمارات في قطاع الطاقة التي تشمل كافة الأنشطة المتعلقة بإنتاج الطاقة، استغلالها، تخزينها، توزيعها وبيعها أي كان نوعها ومصدرها كالطاقة النووية، الغاز، الفحم، البترول، المنتوجات البترولية والطاقة الكهربائية[2].

كما تتميز الاتفاقية بميزة هامة، حيث يلزم أن يجرى التحكيم في أحد الدول المتعاقدة في اتفاقية نيويورك 1958 وذلك إذا ما طلبه أحد الأطراف وهذا بهدف ضمان تنفيذ الحكم[3]، وقد تم تأكيد ذلك في الحكم التحكيمي الصادر في قضية Plama Consortium ضد جمهورية بلغاريا.

1 -ROSELL Jose, "Les arbitrages du traite sur la charte de l'énergie", chronique arbitrage international, magazine décideur N°77-78, 2006, p104.

2- BABADJI Ramadan , "Le traité sur la charge européenne de l'énergie(17 décembre 1994)", Annuaire français de droit international ,1996, p877.

3-Ibid, p104, 105.

تضمنت الاتفاقية نصوصا لتسوية المنازعات بين المستثمرين ودول الأعضاء في الاتفاقية وذلك في نص المادة 26 وكيفية تسوية المنازعات بين الدول الأعضاء في المادة 27.

نصت المادة 26 على آلية تسوية المنازعات بين المستثمر وأحد دول الأطراف حيث تعتبر التسوية الودية أوّل ما يلجأ إليه في حالة نشوء نزاع بين مستثمر وأحد الدول المتعاقدة بمناسبة استثمار مقام على إقليم الدولة نتيجة إخلال الدولة بالتزاماتها بمفهوم الجزء الثالث من الاتفاقية.

إذا فشل الأطراف في حل النزاع وديا خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ طلب التسوية الودية فإنّ للمستثمر حق الخيار بين:

- الهيئات القضائية أو الإدارية في الدولة الطرف في النزاع.
- طبقا لأي إجراء لتسوية المنازعات المتفق عليه مسبقا.
- طبقا لأحكام الفقرة الثالثة والتي تلزم الدول على إعطاء موافقتها الغير مشروطة لإخضاع أي نزاع للتحكيم أو التوفيق الدولي وفقا لإجراءات هذه المادة.

أعفى الشطر الأوّل من الفقرة (ب) الدول المحددة في الملحق(ID) من إعطاء موافقتها الغير مشروطة في حالة ما إذا كان المستثمر قد عرض المنازعة على الجهات القضائية الداخلية أو أي إجراء آخر للتسوية المتفق عليه طبقا للفقرة 2 الشطر (أ) و(ب).

ألزمت الفقرة 4 المستثمر الذي يختار تسوية النزاع وفقا لأحكام الفقرة 2/ج أن يعطي موافقته بشكل كتابي وذلك من أجل عرض النزاع على:

- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفقا لنظام المركز إذا كان كل من الطرفين أعضاء في اتفاقية واشنطن.

- المركز لتسوية منازعات الاستثمار وفقا لنظام الميكانيزم الإضافي للمركز الدولي إذا كان أحد أطراف المنازعة غير متعاقدة في اتفاقية واشنطن.

تشتمل اتفاقية MERCOSUR المبرمة سنة 1994 أيضا على نصوص مشابهة فالمادة التاسعة منها تمنح المستثمر حق الاختيار بين أكثر من بديل لتسوية منازعاته مع الدولة المضيفة من بينها تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

تمثل اتفاقية قرطاجنة مثالا آخر على قبول الدول بتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من خلال اتفاقية متعددة الأطراف، فبموجب المادتين 17 و18 من الاتفاقية فإنّه يحق للمستثمر الاختيار بين تحكيم المركز الدولي وقواعد التسهيلات الإضافية وقواعد الأونيسترال[1].

تعتبر النصوص السابق ذكرها والواردة ضمن الاتفاقيات المتعددة الأطراف والمتعلقة باللجوء إلى التحكيم بدون اتفاق تحكيمي بالمفهوم التقليدي بمثابة إيجاب صادر من الدولة المتعاقدة، حيث تعتبر موافقة الدولة على التحكيم محققا بمجرد التصديق على الاتفاقية ويترك للمستثمر إكمال المعادلة عندما يثور النزاع وذلك من خلال إعطاء موافقته الكتابية المتمثلة في تقديمه طلب التحكيم إلى المركز[2].

أدى التحكيم بناءا على اتفاقيات الاستثمار إلى الإخلال بحق الدولة في اللجوء إلى التحكيم، حيث يبقى حق إخطار الهيئات التحكيمية حكرا على المستثمرين وهو ما يشكل إخلالا بمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة.

مع ازدياد النصوص المتضمنة إحالة إلى تحكيم المركز الدولي، وجدت هيئات تحكيم المركز نفسها مرغمة على قبول الاختصاص استنادا إلى هذه الاتفاقيات وبالتالي الفصل في النزاع وفقا لأحكام نصوص اتفاقية واشنطن.

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 476، 477.

2- المرجع نفسه، ص477.

الفرع الثاني:

اختصاص المركز الدولي استنادا إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف

أدت البنود الواردة في الاتفاقيات المتعددة الأطراف والتي تحيل إلى تحكيم المركز الدولي إلى التوسع في اختصاص المركز نتيجة للسماح للمستثمرين برفع دعاوى التحكيم ضد الدول المضيفة بدون وجود اتفاق تحكيمي بالمفهوم المتعارف عليه، إنّما استنادا إلى الموافقة المسبقة للدولة المضيفة والواردة في متن الاتفاقيات وذلك بمجرد تصديقها على الاتفاقيات، حيث كيّف هذا الانضمام على أنّه إيجاب صادر من الدولة قابله قبول المستثمر بمجرد تقديمه طلب التحكيم.

يعتبر التحكيم استنادا إلى اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف أحد الصور المستحدثة للتحكيم دون اتفاق حيث تعمد هيئات التحكيم إلى قبول الاختصاص والفصل في الموضوع، مدعية توفر شروط الاختصاص المنصوص عليها في نص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن والمتمثلة في موافقة كلا الطرفين على التحكيم أمام المركز الدولي في شكل كتابي حيث اعتبرت تصديق الدولة على الاتفاقية بمثابة قبول من طرف الدولة تكتمل بمجرد رفع الدعوى من طرف المستثمر لمجرد نشوء النزاع.

تزايدت عدد القضايا المعروضة على المركز الدولي استنادا للاتفاقيات المتعددة الأطراف حيث سجل المركز في 1999 قضيتان على أساس الفصل الحادي عشر من اتفاقية ALENA وثلاث قضايا على أساس ALENA في 2000، وقضية واحدة في 2001 على أساس اتفاقية ميثاق الطاقة، وفي 2002 سجل المركز قضيّة على أساس اتفاقية ALENA، وعلى العموم فقد بلغ عدد القضايا المعروضة على أساس ALENA أكثر من 20 قضية وذلك بتطبيق قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[1].

---

1 - GAILLARD Emmanuel, "Arbitrage sur le fondement…", op.cit, p855.

تعتبر قضية CORPORATION C/ETHYL KANADA أوّل قضية على أساس ALENA في إطار CNUD CI وذلك بتاريخ 24 جوان 1998، أمّا أوّل قضية في إطار المركز الدولي فتعود إلى 30 أوت 2000 وهي قضية METALCLAD Corporation /v.unite. MEXICAN STATES[(1)].

تتلخص وقائع هذه القضية في قيام شركة METALCLAD بإنشاء منطقة صناعية في مدينة جودالك زار في المكسيك بهدف التخلص من النفايات الخطيرة، وقد تحصلت الشركة على الترخيص والموافقات اللازمة لإقامة المشروع من الهيئات الحكومية المختصة وقد تم الانتهاء من المشروع في مارس 1995 ، إلاّ أنّ المظاهرات الشعبية ضد هذا المشرع حالت دون افتتاحه.

توصلت الشركة إلى اتفاق مع السلطات المحلية في الولاية لوضع الاشتراطات المناسبة حتى يتسنى للشركة افتتاح المشروع وذلك في نوفمبر 1995، إلاّ أنّ الشركة فوجئت بإعلان السلطات المحلية في الولاية رفضها النهائي لافتتاح المشروع نتيجة لضغط الرأي العام.

رفعت السلطات المحلية للولاية الأمر إلى القضاء الوطني في جمهورية المكسيك وحصلت على حكم قضائي لصالحها بعدم البدء في مزاولة المشروع لأعماله في مايو 1999.

تقدمت الشركة إثر ذلك بطلب أمام المركز الدولي من أجل الفصل في النزاع وقضى في حكمه الصادر في 30 جويلية 2000 أن الإجراءات المتخذة من طرف الحكومة ممثلة في سلطاتها المحلية تنطوي على انتهاك لحقوق الشركة المدعية، ما عرض استثمارات المدعية للخسائر الجسيمة وانتهاك الحد الأدنى لحقوق الأجانب المقررة وفقا

1- إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة...، المرجع السابق، ص218، وأنظر كذلك:

- GAILLARD Emmanuel, "Arbitrage sur le fondement…", op.cit, p856.

لقواعد القانون الدولي، كما أنّ هذه الإجراءات تتناقض وأحكام المادة 1105 من اتفاقية ALENA التي تتطلب حقوق العدالة والمساواة في التعامل مع مواطني الدول الأطراف في الاتفاقية وبالتالي رأت المحكمة ضرورة قيام الحكومة المكسيكية بتعويض الشركة المدعية عما لحق بها من أضرار وخسائر عن تلك الإجراءات التعسفية التي قامت بها الحكومة في حق الشركة[1].

عرضت قضايا أخرى على المركز استنادا إلى اتفاقية ALENA منها قضية Robert Azinian وآخرون ضد المكسيك والتي صدر القرار فيها في 1 نوفمبر 1999.

يتعلق النزاع بإلغاء عقد امتياز للتنظيف الأوساخ في مدينة Naucelpan de Juarez من طرف السلطات المكسيكية، الفعل الذي شكل حسب المدعين نزعا للملكية بمفهوم اتفاقية ALENA.

نتج إلغاء الامتياز من طرف السلطات المكسيكية عن الإخلال بالقانون المكسيكي وقد قبل المدعون اختصاص القضاء المكسيكي، ولم تأخذ المحكمة بهذا بحجة أنّ الهيئات الدولية لا ترتبط بقرارات الهيئات الداخلية.

انتهت المحكمة إلى أنّ المدعين لم يعارضوا القرار الصادر عن الهيئات القضائية المكسيكية، وحسب المحكمة هذا يشكل دليلا على أنّ قرار إلغاء الامتياز من طرف السلطات المكسيكية كان قرارا شرعيا ولا يشكل قرارا لنزع الملكية كما ادعى المدعون وبالتالي قضت المحكمة برفض الطلب على هذا الأساس[2].

قضت المحكمة التحكيمية للمركز والمشكلة من BERNARDO CREMADES رئيسا وEduardo Siqueros و Keith highet محكما، برفض طلب التحكيم في قضية

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص348-349، وانظر كذلك أيضا:

- GAILLARD Emmanuel, Centre international …, JDI , N°01,2000, p150,151.

2 - GAILLARD Emmanuel, Centre international …, JDI, N°01,2000, op.cit, p150-151.

الشركة الأمريكية Wast Management Inc ضد المكسيك، والتي تم فيها إخطار المركز على أساس اتفاقية ALENA [(1)].

قيل الكثير بشأن مسألة تسوية المنازعات في إطار اتفاقية ALENA بسبب المتابعات التي تمت من قبل المستثمرين ضد إحدى الدول الأعضاء في الاتفاقية نتيجة إخلال هذه الأخيرة بالتزاماتها الأمر الذي يخول المستثمر الحق في مقاضاتها أمام المركز الدولي أو طبقا لقواعد CNUDCI، وهو الأمر الذي أثار استياء الدول الأطراف والذي عبرت عنه كندا بأنّها لن تبحث في تجسيد ميكانيزم مثل هذا في أي اتفاق تجاري.

يعاب على هذا النظام أنّه يمنح المستثمرين الأجانب معاملة أفضل من المستثمرين الوطنيين الذين لا يملكون إلاّ طريقا واحدا للمطالبة بحقوقه، وهو القضاء الداخلي في حين يحتفظ الآخر بحق الخيار بين القضاء الداخلي والتحكيم الدولي[(2)].

تعتبر قضية Palama consortium limited ضد جمهورية بلغاريا تطبيقا آخر للتحكيم على أساس اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف وتتعلق وقائع النزاع بقيام الكونسورسيوم القرصي بشراء الأصول المادية والمعنوية لمشروع NOVA Palama والذي يمتلك محطة لتكرير الزيوت إلاّ أنّ الحكومة البلغارية نظرا للأهمية الإستراتيجية للمشروع، قامت بإجراءات كان من شأنها إعاقة المشروع عن مزاولة أعماله.

إثر ذلك تقدم الكونسورسيوم القبرصي بطلب للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ضد حكومة بلغاريا في 2003/8/19 وذلك بالاستناد إلى نص المادة 26 من اتفاق ميثاق الطاقة والتي تقر بأحقية مواطني الدول الأطراف في الميثاق في رفع

1 - GAILLARD Emmanuel, Centre international …, JDI, n°01,2001,op.cit, pp150.
2 -BACHAND Remi, "Les poursuites intente en vertu du chapitre 11 de L'ALENA, quelle leçon en tirer ?", Cahier de recherche, N°11, 2001, sur site: http://www. Unites.uqam.ca/gric, p17.

المنازعات التي تقوم بينهم وبين حكومات الدول الأطراف في الميثاق إلى محاكم المركز الدولي للفصل في هذه المنازعات.

كما استند الكونسورسيوم القبرصي إلى مبدأ الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين بلغاريا وقبرص والاتفاقية الثنائية بين بلغاريا وفنلندا التي تجيز فيها الأولى لمواطني الأخيرة اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي في حالة قيام نزاع وبناءا على وجود مبدأ الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين قبرص وبلغاريا فقد استند الكونسورسيوم كشخص اعتباري قبرصي إلى وجوب تمتعه بكل الامتيازات الممنوحة لمواطني فنلندا.

اعترضت الحكومة البلغارية على اختصاص المركز مستندة على أنّ الحكومة لم توافق على رفع النزاع إلى محاكم المركز للفصل فيه حيث ادعت أنّ المادة 26 من اتفاق ميثاق الطاقة تختص بالمنازعات التي تتضمن خرق التزام ناشئ عن عدم التقيد بما ورد في الجزء الثالث من هذا الاتفاق.

ادعت أنّه بموجب هذا الجزء من الاتفاق لا يحق للكونسورسيوم القبرصي أن يقدم طلب عرض النزاع على المركز حيث أنّ بلغاريا من حقها أن تنكر ذلك الحق متى دعتها الحاجة لذلك وقد قامت بلغاريا بإنكارها حق الكونسورسيوم في التمتع بهذه المزايا وذلك وفقا لأحكام المادة السابعة من اتفاق ميثاق الطاقة، والتي تنص على أنّ لكل دولة طرف في الميثاق الحق في أن تحتفظ بحقها في إنكار التمتع بمزايا الجزء الثالث من الميثاق لأي شخص اعتباري مملوك أو مسيطر عليه بواسطة مواطنين لدول ليست أطرافا في الميثاق وعندما لا يقوم ذلك الشخص الاعتباري بأية أنشطة تتم عن اندماجه الاقتصادي في اقتصاد دولة الجنسية.

أنكرت بلغاريا حق الكونسورسيوم القبرصي في ذلك لأنّها اعتبرت أنّ هذا الأخير ما هو إلاّ صندوق بريد قبرصي لا يقوم بأعمال تنم عن اندماجه في الاقتصاد القبرصي

كما أنّ الأشخاص المشرفين عليه ينتمون بجنسيتهم إلى دولة ليست طرفا في الميثاق في تاريخ تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز، كما ادعت بلغاريا أيضا أنّ مبدأ الدولة الأولى بالرعاية لا يتضمن نطاق تسوية المنازعات.

وفي قرارها الصادر في 2005/2/8 قرّرت المحكمة انعقاد اختصاصها بالنظر في النزاع وذلك استنادا إلى المادة(26) من الميثاق، كما أنّ المحكمة استقرت على توافر الاشتراطات الخاصة بطبيعة الاستثمار في الاتفاق المبرم بين الطرفين.

توصّلت أيضا المحكمة إلى أنّ الإجراءات التي قامت بها الحكومة البلغارية تعد انتهاكا لما جاء من أحكام سواء في العقد المبرم بين الطرفين أو في الاتفاقية الثنائية بين بلغاريا وقبرص.

أسّست المحكمة قرارها على أنّ المادة (26) في البند الأوّل من الفقرة الثالثة تنص على أنّ الدول الموقعة على الميثاق قد منحت موافقتها غير المشروطة للجوء للتحكيم الدولي، وبالتالي فإنّ حق الدول الأطراف في الميثاق في حرمان الأشخاص الاعتبارية التي تنتمي بجنسيتها إلى دول أخرى من حقها عرض النزاع على المركز الدولي كهيئة تحكيم دولية قد بات شرطا خاويا ليس ذي مضمون وذلك وفقا للموافقة غير المشروطة التي وافقت عليها بلغاريا كدولة من الدول الأطراف في ميثاق الطاقة.

أبدت المحكمة تحفظها على مبدأ الدولة الأولى بالرعاية والذي تم بموجبه استنتاج حق الشخص الاعتباري القبرصي في عرض النزاع على محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وبينت أنّه لكي يستفيد ذلك الشخص من المبدأ لابد وأن تكون الإشارة إلى اللجوء للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واضحة وصريحة وليست ضمنية تستنبط من شروط أخرى مثل مبدأ الدولة الأولى بالرعاية إلاّ إذا نصت الاتفاقية الدولية المستند إليها على ذلك[1].

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص ص387،389.

خاتمـــة:

تميزت اتفاقية نيويورك خلال العقدين الأولين من عملها بالمرونة، حيث التزمت بضرورة توافر التراضي المزدوج لأطراف العلاقة العقدية، إلاّ أنّ مع ازدياد عدد الدول التي تحيل في تشريعاتها الخاصة بحماية الاستثمار، وكذا اتفاقيات الاستثمار سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف إلى تحكيم المركز الدولي تغيرت الأوضاع إذ أصبح المركز الدولي يحكم باختصاصه استنادا إلى تشريع داخلي أو اتفاقيات الاستثمار.

يعتبر التحكيم دون اتفاق الأطراف على ذلك مساس بمبادئ التحكيم التجاري الذي يقوم على إرادة الأطراف واتفاقهم على ذلك حماية لهم من الآثار الناتجة عن اللجوء إلى التحكيم وهي سلب اختصاص القضاء العادي وهي الجهة العادية لتسوية المنازعات دون أن يشكل ذلك إخلال بمبادئ اتفاقية واشنطن التي جاءت أحكامها عامة دون تحديد شكل هذه الموافقة، إضافة إلى ما جاء بالتقرير المصاحب لهذه الاتفاقية والذي يجيز هذه الصور الجديدة للتراضي.

عبّر بعض الفقه عن هذا النوع الجديد من التحكيم بالتحكيم الإجباري الذي يعني أنّ أطراف النزاع لا يملكون طريقا آخر للتسوية غير التحكيم وبالتالي فهم مجبرون على إتباع هذه الآلية، غير أنّ واقع هذا النوع من التحكيم غير ذلك فللأطراف إمكانية اللجوء إلى آليات أخرى لكن احتراما لتعهداتهم السابقة(قانون استثمار، اتفاقية استثمار)، يستوجب عليهم إتباع هذه الآلية وعليه فالمادة 25 من اتفاقية واشنطن لا تشكل تحكيما إجباريا ذلك أنّها تشترط الموافقة المزدوجة لأطراف النزاع، وعليه فإنّ الصور المستحدثة لا تشكل أبدا تحكيما إجباريا لتوفر عنصر الرضائية، كل ما في الأمر أنّ هذا التراضي صدر منفصلا عكس ما كان سائدا في التحكيم التجاري سابقا أين كان التعبير عن الموافقة يتم

في وثيقة واحدة وقد عبر البعض عن هذا النوع بتحكيم الاستثمار ذلك أنّه يقوم إما على نص تشريعي موجه لحماية الاستثمار أو اتفاقية استثمار.

إنّ القول بقبول الدول بالتحكيم والمعبر عنه في متن تشريعاتها الخاصة بتطوير الاستثمار الأجنبي يتعارض مع نية الدول من وراء إصدارها لهذه النصوص، فإذا أخذنا موقف الدول النامية من التحكيم نجد أنّها قد عارضته لمدة طويلة، وإن كانت نصت عليه في تشريعاتها الخاصة بالاستثمار فإنّ ذلك لم يكن إلاّ تحت ضغط الحاجة وذلك من باب تطمين المستثمرين ومنحهم ضمانات أكثر لتشجيع الاستثمار.

غير أنّه وإن كان الأمر كذلك فإنّه يتعين على الدول احترام تعهداتها ذلك أنّ المستثمر الأجنبي أقبل على الاستثمار محتميا بتلك النصوص التشريعية الموجهة لحماية الاستثمارات الأجنبية، فكيف لهذه الدول أن تطبق جزءا من هذه القوانين(ما يتعلق مثلا بتحويل رؤوس الموال إلى دولة المستثمر) وتخل بجزء آخر(تسوية المنازعات) وترفض تطبيقه وهي من تسعى لضمان تطبيق القوانين؟.

يحكم العلاقات العقدية مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، حيث يلتزم الأطراف بما سبق الاتفاق عليه في متن العقد، وعليه فإنّ اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود العقد بين الطرفين يحيل إلى طريقة أخرى لتسوية المنازعات خرق لهذا المبدأ ومساس بمبدأ آخر هو"تنفيذ العقود بحسن النية"، وعليه يتعين على هيئات التحكيم الامتناع عن الفصل في النزاع لمجرد علمها بتوفر بند يتعلق بتسوية النزاع.

إنّ إثارة مسؤولية الدولة على خرقها لمبادئ اتفاقيات الاستثمار سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف مسلك صائب وذلك لحمل الدولة على احترام التزاماتها، حماية للمتعامل معها والذي تصرف على أساس هذه الاتفاقيات، وبالتالي لا يجوز للدول التراجع عن تعهداتها السابقة إذا ما قبل المستثمر الأجنبي عرضها وتصرف على أساسه، كما أنّ تصرف كهذا يسمح بالقول بسوء نية هذه الدول في تنفيذ التزاماتها.

غير أنّه وإن كان هذا الاتجاه صائبا إلاّ أنّه يشوبه نقائص وعيوب، حيث يضل حق تحريك الإجراءات التحكيمية وإخطار المركز حكر بيد المستثمر دون الدولة، ولما كان الإخلال بالالتزامات التعاقدية أمر محتمل من كلا الطرفين، فمثلا لو أخل المستثمر بالتزاماته وفي ضل غياب اتفاق بين الطرفين على آلية تسوية النزاع فعلى أي أساس تستند الدولة للمطالبة بحقوقها ؟، وهل يمكن تصور العكس أي أنّ إقبال المستثمر على الاستثمار في ضل وجود نص تشريعي أو اتفاقي يحيل إلى تحكيم المركز يعني قبوله بالتحكيم أي اعتبار ذلك النص كأنّه اتفاق تحكيمي، وبالتالي يمكن للدولة أن تبادر بإجراءات التحكيم أمام المركز وتطالبه بإصلاح أضراره، وهو الفرض الوحيد الذي يمكن أن يحقق التوازن بين الطرفين.

مهما يكن موقف الدول من هذا التحكيم فإنّ الممارسة التحكيمية قد ترسخت إذ أنّ الإحصائيات تفيد أنه إلى غاية 30 جوان 2010 أغلب القضايا المعروضة على المركز قائمة على اتفاقيات الاستثمار الثنائية، حيث تمثل نسبة 66 ٪، أما عقود الاستثمار فتمثل 21 ٪ من نسبة القضايا مقابل 10٪ على أساس قوانين الاستثمار للدول المضيفة(1).

إنّ تقرير اختصاص المركز استنادا إلى تشريعات الاستثمار وكذا الاتفاقيات يمكن أن يؤثر على موقف الدول من هذه الاتفاقية وإعادة التفكير في اللجوء إليه وبالتالي اللجوء إلى مؤسسات تحكيمية أخرى وهو ما ثبت واقعيا، وذلك بهدف الإفلات من قواعد الاختصاص التي تقرها المادة 25.

لقد أحرز القانون الدولي للاستثمارات تطورا ملحوظا وذلك خدمة لمصالح المستثمر وكذا حماية للاستثمارات الأجنبية و إن كان ذلك على حساب الدول المضيفة.

1- Affaire du CIRDI-statistiques, sur site: http://icsid.word Bank/icsid/Front servelt ? Request type=icsid doc RH& action val= show Document& casel load statistics = true& langage=French 12.

قائمة المراجع

أوّلا: قائمـــة المراجـــع باللّغة العربية

1)كتب:

1- **آمال أحمد الفزايري**، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم: دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري ، السعودي، الفرنسي، الايطالي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.

2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

3- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

4- **جلال وفاء محمدين**، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار-القواعد- الإجراءات- الاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2001.

5- **حسين أحمد الجندي**، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

6- **رمضان أبو السعود**، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

7- **سعيد يوسف البستاني،** القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية(تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

8- **السيد الحداد حفيظة،** الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

9- ــــــــــــــــ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

10- **صادق محمد محمد الجبران،** التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ، بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

11- **صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي،** الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دراسة في ضوء أهم وأحدث أحكام التحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004 .

12- **طه أحمد علي قاسم،** ،(تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

13- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام:المصادر، الإثبات ، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

14- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

15- **عبد المنعم فرج الصدد**، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

16- **فيلالي علي**، الالتزامات، النظرية العامة، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

17- **قادري عبد العزيز**، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هومه، الجزائر، 2004.

18- **محمد حسين منصور**، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.

19- **محمود مختار أحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

20- **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 سنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي، اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

21- **منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

22- **نبيل إسماعيل عمر**، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،(اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، حكم المحكم وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 .

2) رسائل ومذكرات جامعية:

أ- رسائل:

1- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار«التجربة الجزائرية نموذجا»، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

2- **طالبي حسن**، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.

3- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

ب - مذكرات:

1- **أوديع نادية،** حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

2- **تعويلت كريم،** استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي: دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93 -91 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

3- **عثماني الحسين،** التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في إطار الاتفاقيات الثنائية بين الجزائر والدول الغربية، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

4- **عمر هاشم محمد صدقة،** ضمانات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، مصر، 2006.

5- **قبايلي طيب**، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001-2002.

6- **منسول عبد السلام،** قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2000.

3) مقالات:

1- **إبراهيم شحاتة**، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41، 1985، ص ص01-42.

2- **إقلولي محمد،** شرط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، 2006، ص ص94-123.

3- **قبايلي طيب،** التراضي على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، من الاتفاق الثنائي إلى اللجوء الانفرادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص ص94-107.

4- **ياسر كامل الصيرفي،** اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي«أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية» المنعقد بكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ضبي، من21 إلى23 أفريل 2008، ص ص01-16، على الموقع:

http://ama2.alafdal.net/montada-f9/topic-1527-html

4) نصوص قانونية:

أ- الاتفاقيات الدولية:

1- مرسوم رئاسي رقم 88 - 233 مؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 الموافق 5 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر عدد 48 لسنة 1988.

2- مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 5 جمادي الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ أول محرم عام 1411 الموافق 23 يوليو سنة 1990، ج.ر عدد 06، سنة1991.

3- مرسوم رئاسي رقم 91-345 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1412 الموافق 5 أكتوبر سنة 1991 تتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسومبوغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أفريل 1991، ج.ر عدد 46، سنة 1991.

4- مرسوم رئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1412 الموافق 5 أكتوبر سنة 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الايطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات،

الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو سنة 1991، ج.ر عدد 46، سنة 1991.

5- مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير سنة 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير سنة 1993، ج.ر عدد 01، سنة 1994.

6- مرسوم رئاسي رقم 94-382 مؤرخ في 17 جمادي الأولى عام 1415 الموافق 22 أكتوبر سنة 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر في 28 يونيو سنة 1994 والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج.ر عدد 69، سنة 1994 .

7- مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق 25 مارس سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1995، ج.ر عدد 23، سنة1995.

8- مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 6 جمادي الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر عدد 66، سنة 1995.

9- مرسوم رئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق 5 أفريل سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائري الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية

حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ أول غشت سنة 1996، ج.ر عدد 20، سنة 1997.

10- مرسوم رئاسي رقم 97-229 مؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق 23 يونيو سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادي الثاني علم 1917 الموافق 24 أكتوبر سنة 1996، ج.ر عدد 43، سنة 1997.

11- مرسوم رئاسي رقم 98-430 مؤرخ في 9 رمضان عام 1419 الموافق 27 ديسمبر سنة 1998، يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائري الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في دمشق بتاريخ 12 جمادي الأول عام 1418 الموافق 14 سبتمبر منه 1997، ج.ر عدد 97، سنة 1998.

12- مرسوم رئاسي رقم 01-211 مؤرخ في 2 جمادي الأول عام 1422 الموافق 23 يونيو سنة 2001، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليمنية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في صنعاء بتاريخ 17 شعبان عام 1420 الموافق 25 نوفمبر سنة 1999، ج.ر عدد 42، سنة 2001.

13- مرسوم رئاسي رقم 01-212 مؤرخ في 2 جمادي الأولى عام 1422 الموافق 23 يوليو سنة 2001 يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ماليزيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع في الجزائر بتاريخ 27 يناير سنة 2000، ج.ر عدد 42 سنة 2001.

14- مرسوم رئاسي رقم 03-525 مؤرخ في 6 ذي القعدة عام 1424 الموافق 30 ديسمبر سنة 2003، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك حول الترقية والحماية المتبادلين للاستثمارات وتبادل الرسائل الموقع بالجزائر في 25 يناير سنة 1999 ، المؤرخة في 12 يونيو سنة 2002 و28 أكتوبر سنة 2002، ج.ر عدد 02، سنة 2004.

ب- نصوص تشريعية:

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2- مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1414 الموافق لــ5 أكتوبر سنة 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 64 الصادرة في 10 أكتوبر 1993.

3- أمر رقم 01-03 مؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر عدد 47، الصادر في 22 أوت 2001.

4- قانون رقم 05-07 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1429 الموافق 28 أفريل سنة2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50 الصادر في 19 جويلية 2005.

5- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 الصادر في 23 أفريل 2008.

ج- نصوص قانونية عربية:

1- نصوص قانون التحكيم المصري، القانون رقم27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، متوفر على الموقع:
http://www.alu-1944.org/egypte.htm

2- قوانين التحكيم العربية، متوفر على الموقع:.http://www.file///G/shwthread.php

5) مواثيق دولية:

1- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال، القرار رقم 31، 98 الذي اتخذته الجمعية العامة يوم 15 كانون الأوّل ، ديسمبر 1976، أنظر الموقع:http://www.egyiac.com/commissions.php

2- نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، النافذ اعتبارا من أوّل كانون الثاني، يناير عام 1998، على الموقع:

www. Word business organisation.net/uploaded. Files/court/arbitration/ other/rules-arb-arabic.pdf.

3- مشروع عربي للتحكيم التجاري الدولي، إعد المعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة، على الموقع:
http://www.aiadr.com/user images3515840pdf.

4 - قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، على الموقع:
http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules.

5- اتفاقية عمان العربية، على الموقع:
http: //www. arab legal net.org/Ag list.aspx? id:36.

ثانيا: قائمـــة المراجـــع باللغة الفرنسية

1) OUVRAGES:

1- **FAUCHAR Philippe**, GAILLARD(E), GOLDMAN(B), Traite de l'arbitrage commercial international, Edition litec, Paris,1996.

2- **FRUTOS-PETERSON,** Claudia, L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine, l'efficacité de droit, Harmattan, paris, 2003.

3- HAROUN Mahdi, Le régime des investissements en Algérie a la lumière des conventions franco-algériennes, litec, paris, 2000.

2) MEMOIRE :

1-NASR Jean- pierre, l'encouragement de l'investissement par la solution des conflits par voie d'arbitrage: les mesures prises par l'Etat libanais et leur degré d'efficacité, DEA de droit prive des affaires est de l'arbitrage, 2007, sur site :file : ///E:/m encouragement- investissement – solution – conflits- arbitrage- liban38.html.

2)ARTICLES:

1- ALCABAS Anne-Marie, Le centre international de règlement des différends relatifs a l'investissement , bureau investissement international de la direction des relation économiques extérieures, 2003, pp01-12, sur site: http://www-minefi.gow.fr/notes- bleues/nbb/nbb256/256-cir.htm.

2- ARMAND-PREVOST Michel, le code de l'arbitrage en France , Revue de jurisprudence commercial, paris, 1999,PP25-29.

3- **BABADJI Ramadan,** Le traité sur la charge européenne de l'énergie (17 décembre 1994), Annuaire français de droit international, 1996, pp872-893.

4- **BACHAND Remi**, Les poursuites intente en vertu du chapitre 11 de L'ALENA, quelle leçon en tirer ? , Cahier de recherche, N°11, 2001, PP01-53, sur site: http://www. Unites.uqam.ca/gric.

5- **BACHND Frédéric**, Arbitrage commerciale internationale, revue juridique Themis, sur site: http:www.edutions tgemis.com/up Loaded/revue/article/rjt vol 35 mum3/b.

6- **BEN HAMIDA Walid**, Arbitrage Etat investisseur face a un désordre procédurale: La concurrence des procédures et les conflits de juridictions, Annuaire français de droit international, Paris, 2005,pp 564-602.

7- **BETTALEB Anis**, Nouvelle sentence CIRDI: LESI Spa et ASTACDI Spa c./Algérie, pp01-02, sur site : http://fr.groups.yahou.com/group/arbitrage-odr/message/1549.

8- **CREMADES Bernardo M**, L'arbitrage international: de l'arbitrage commercial a l'arbitrage de protection des investissements, PP01-10, sur site: http: //www.adrm da.org/rome conférence 07/ materials/ arbitrage. International.pdf.

9- **DRAINS Yus**, L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage, Gazette du palais, N° 119, 2001, pp 636-629.

10- **EL HAKIM Jacque, DJOUM'A Souhil** , Loi syrienne sur l'arbitrage du 25 Mars 2008 loi n°4, Revue de l'arbitrage, n°4, 2008,pp 851-867.

11- **FAUCHARD Philippe**, Arbitrage commercial international: notion, juris-clac, dt, inter, fasicule 585- 2, 1989, pp01-25.

12- **GAILLARD Emmanuel**, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, JDI n1, 1992, 215-230.

13- **GAILLARD Emmanuel,** Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, JDI , N°1 , 1994, PP217-247.

14- ______________________, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, JDI, N°01, 1999.

15- ______________________, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, JDI, N° 01, 2000, PP149-175.

16- ______________________, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, JDI, N° 01, 2001, pp149-159.

17- ______________________ , Les premières applications du règlement de référé pré arbitral de la CCI, comment prendre des mesures conservatoires efficaces dans le commerce international, séminaire IAI du 31 mai 2002, Sherman sterling, paris, pp01-27, sur site : http://www.iaiparis.com/pdf/actes colloque. pdf.

18- ______________________, L'Arbitrage sur le fondement des traites de protection des investissements, Revue de l'arbitrage, n°3, 2003, pp853-875.

19- ______________________, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, JDI, N°01, 2008, PP311-364

20- ______________________, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, JDI, N°02, 2010, PP449-568.

21- **HOCINE Farida**, Le droit algérien de l'arbitrage commercial international instrument d'incitation a l'investissement étranger, Revue critique de droit et sciences politiques, n°1,2008, pp59-96.

22- **HOUDE Marie- France**, Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements document de travail de sur l'investissement international, N°2004/2 ? OCDE, 2004, PP01-26, sur site : http://www.oecd.org/dataoecd/21/40/33773359.pdf .

23- **ISSAD Mohand**, La nouvelle loi algérienne relative a l arbitrage international, revue de l'arbitrage, n° 03, 2008, pp 419-427.

24- **KAUFMANN-KOHLER Gabrielle**, L'arbitrage d'investissement : entre contra et traité-entre intérêts privés et intérêt publique, pp01-27, sur site : http:/www.ik-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contra-trait.entre-interêt-prives-interêt -publique -i.e.pdf.

25- **LACASSE Nicole**, L'arbitrage commercial international entre parties privées dans les pays de l' Alena, colloque «l'Alena et l'avocat d'affaires: faire affaires aux Etats –unis, au Mexique et Canada et bien représenter son client», PP01-18, sur site : http://scholar-najah-edu/sites/scholar. Najah.edu/ files/lhesis/international- Trade/ arbitration/fram-dispute-méthode.pdf.

26- **LATTY Frank**, Arbitrage transnational et droit international général , annuaire français de droit international, 2008 PP467-512.

27- **LEBEN Charles**, La responsabilité international de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements, Annuaire français de droit international, 2004, pp, 683-714.

28- **NASR Jean-Pierre**, Les différents instruments visant l'arbitrage comme technique de solution des litiges des investissements, pp01-53, sur site: http://www.naslawyers.com/dounloods/differents.doc.

29- **PRUJINER Alain**, L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?, Revue de l'arbitrage, N° 01, 2005, PP 63-99.

30- **RAMBAUD Patrick**, Les obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger: La sentence CIRDI du 27 juin 1990, Société asian agricultural Product LTD (AAPL) C. SRI Lanka, annuaire français de droit international, 1992, PP501-510.

31- **ROSELL Jose**, Les arbitrages du traite sur la charte de l'énergie, chronique arbitrage international, magazine décideur, N°77-78, 2006, PP103-105.

32- **SADDOGUI Mohammed**, **EL WALI Mohamed**, **JDAINI Tarik**, L'argentine en crise devant le CIRDI, pp01-56, sur site :http://acdc-ma.org/acdc/fr/pdf-docs/l-argentine-en-crise.pdf.

33- **STERN Brigit**, Un coup d'arrêt a la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (A propos de l'arrêt de la cour d'appel de paris du 1er juin 1999), Revue de l'arbitrage , N° 03 , 2000, pp403-427.

3) conventions:

1- Convention et règlement du CIRDI, sur site : http://icsd-worldbank.org/icsid/static fils/basic doc-fra/crp-french-final-pdf.

2- Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève) du 21 Avril 1961 sur site : http://www arbitrage. Org/Fr/présentation/texte- convention-euro pdf.

4) cites internet:

1- Accord de libre échange, sur site :

http://fr.wikipedia.org/wiki/accord de libre ٪ c3٪ A9 Change – nord-am.

2- Affaire du CIRDI-statistiques, sur site:

http://icsid.word Bank/icsid/Front servelt ? Request type=icsid doc RH& action val= show Document& casel load statistics = true& langage=French 12.

3- http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob de cision.pdf٪ c3 ٪ A 9rican.

4- http:www.world bank.org/icsid/cases/me cement-award.pdf.

5- http://icsid.word bauk.org/ICSID/Front servlet? Request lype=cases RH or action val= show doc odocld=DC890-fer8 caseld=c48.

فهــرس

الفصل الثاني: التوجه الجديد نحو قبول التحكيم بدون اتفاق

ملـخـص

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أهم المراكز الدولية المتخصصة غير أنّ اللجوء إليه مقترن بشروط ثلاث حددتها المادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز، حيث تعد الموافقة المشتركة للأطراف على طرح النزاع على المركز حجر الأساس.

التزم المركز خلال العقدين الأولين من عمله بهذا الشرط، إلاّ أنّه مع تزايد عدد التشريعات الداخلية واتفاقيات الاستثمار التي تحيل إلى تحكيم المركز الدولي تغيرت الممارسة التحكيمية للمركز ، إذ أصبح يحكم باختصاصه مستندا على تشريعات الاستثمار وكذا اتفاقيات الاستثمار في ظل غياب اتفاق تحكيمي يحيل إلى تحكيم المركز.

Résumé

Le centre international pour le règlement des différends économiques est considéré parmi les centres internationaux les plus importants, et pour bénéficie des services de ce centre il faut disposer de trois conditions selon l'article $25/_1$ de la convention de washington.

Le consentement des parties est la pierre angulaire pour la compétence du centre, mais avec l'augmentation de nombre des lois nationales des investissements et des conventions d’investissements qui renvoient a l'arbitrage CIRDI le centre a commencé a se déclaré compétent même sons convention d’arbitrage.